TRATTATO

DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI

SECONDO I PRINCIPII DELLE LEGGI CIVILI

PER IL REGNO DELLE DUE SICILIE

DELL'AVVOCATO GENERALE

PRESSO LA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA IN NAPOLI

FRANCESCANTONIO ROBERTI

In patrimonio nostro est quidquid, aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest. Ulpiano nella L. 52 D. de adquir. possess.

FIRENZE
GIUSEPPE PAGANI E FIGLIO

1840

RAGIONE DELL' OPERA

Il principale oggetto di ogni civile legislazione è quello di stabilire, e far salvo ad ognuno ciò che è suo. *Nihil aliud ubique agitur, quam ut discamus quid juris cuique competat. Hoc volunt omnes legum praeceptiones ab initio ad finem artis :* Ulrico Ubero (1). Per conseguire intanto cotesto fine, si è creduto sempre necessario di fissar prima i principii del diritto, con i quali possa conoscersi legittimamente stabilito a favor di ciascuno ciò, che debba dirsi essere *suo*, e poi si è badato a dettare il modo, come farsi ottenere il *suo* da coloro, che non potendolo conseguire, sono obbligati a reclamarlo.

Ora da questi principii universali non si diparte punto l'attuale nostra legislazione civile, per quello, che è scritto nella prima, e nella terza parte del Codice per lo Regno delle due Sicilie. La prima parte di questo Codice, intitolata *Leggi civili*, contiene tre libri, nei quali si tratta delle persone, delle cose, e delle obbligazioni, e si danno ivi le principali disposizioni, onde far vedere a quali persone, su quali cose, e per quali ragioni possa competere il diritto a riconoscere il *suo*. La terza parte poi, intitolata *Leggi di procedura nei giudizii civili*, è tutta rivolta a dettare il modo pratico, e rituale, onde per le vie giudiziarie questo *suo*, allorchè è contrastato, possa da ognuno conseguirsi.

Se non che, tra la prima, e la terza parte di questo Codice par che siavi tuttavia un vuoto, che debba riempiersi; o per dir meglio, sembra, che la prima parte di esso non risulti perfettamente compiuta, per lasciar poi il passaggio facile, e spedito alla terza. Dopo definito il diritto, che nasce alle persone sulle cose, e pria di discendersi al modo pratico, da poter ottenere in giudizio gli effetti di cotesto diritto, fa mestiere, che sia dettato in teoría quello, che abbiasi a fare per dar legittimamente il passo agli atti giudiziarii. Si dee adire il magistrato, non vi ha dubbio; e così va ad aprirsi il giudizio, dove hanno luogo gli atti di pro-

(1) Huber. digress. iur. lib. 4 cap. 1 n. 3.

cedura, col mezzo de'quali si giugne all'oggetto. Ma innanzi al magistrato nella istituzion del giudizio si comincia dal dedurre l'azione, la quale può esser ribattuta, o modificata da molte eccezioni. Si rende dunque necessario il conoscere prima di tutto le regole legali, onde ben definire ed avviare in giudizio le azioni, e saper distinguere, e classificare le varie specie di eccezioni, che possono competere: e poi può farsi grado agli atti giudiziarii, che nelle forme stabilite dalla legge istruiscono, e compiono il processo.

Di qui è, che il giureconsulto Gajo, ripartendo tutta la materia del diritto, la ridusse a tre oggetti: *omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (1). È subordinato a tutto ciò il processo civile; cioè la tela giudiziaria degli atti, che danno corso al giudizio, lo istruiscono, e lo portano a fine. Di questo processo Giustiniano non si occupò, in quanto che non credette necessario di doverne fare un'oggetto distinto, e particolare nelle sue collezioni. Noi ancora nel vecchio foro non lo avevamo a questo senso; mentre però non mancavano presso di noi molte, e sagge disposizioni quà, e là disperse nelle antiche nostre leggi patrie, e tratte ancora dal gius comune civile, e canonico, con le quali era ben diretta, e regolata tutta la procedura civile.

Oggi intanto la sapienza del nostro Legislatore ha raccolto, e messo insieme tutto ciò, che a questa procedura in pratica appartiene; e ne ha formato un corpo a parte di giurisprudenza. Non è già, che in questa parte di legislazione siasi trasandato di fissare anche in teoria delle regole legali; onde conoscere innanzi a quali giudici le azioni debbano intentarsi; quali persone, e come possano dedurle; in qual modo le azioni già competenti si perimano; come e dove le eccezioni debbano essere proposte; ed altro, che ha relazione alla parte teorica del processo civile, al di là degli atti pratici di forma. Ma non è certamente trattato della definizione, e della natura delle azioni, e delle eccezioni, delle molte diversità, che in ognuna di esse la legge riconosce; come tutte le diverse loro specie si classifichino, e come si dividano in ragione degli oggetti, e delle cause loro efficienti, quali siano le conseguenze legali dei principii posti in mas-

(1) L. 1 D. de stat hom.

sima; come nel concorso di più azioni abbiasi a pensare; ed altro, che certamente rende perfetta la cognizione di tutta la materia.

Basterà forse il dar notizia, che le azioni siano o reali, o personali, o miste, senza far conoscere cosa mai si voglia intendere per azione reale, e cosa per le altre due additate? Non essendo definiti questi tre diversi generi di azioni, come mai potranno adattarsi le regole intorno alle competenze dei magistrati, che debbono giudicarne, o per ragione della cosa sita, o per ragion dell'obbligazione contratta, o in ragion composta dell'uno, e dell'altro oggetto (1)?

Queste cose però, ed altri simili, non possono dirsi omissioni marcabili nel nostro Codice dove si tratta della procedura civile, mentre non fanno parte del processo, e degli atti pratici, che si sviluppano nella compilazione di esso innanzi ai giudici. Esse piuttosto si rendono necessarie, per servir di appendice alla prima parte del codice, che presenta le leggi civili; da che risvegliano idee pure, e semplici di giurisprudenza, le quali pria, che si devenga alla procedura, debbono essere conosciute, e definite. Appositamente Giacomo Gotifredo al titolo del Digesto *de obligationibus, et actionibus*, sotto la particola congiuntiva *et*, scrive a questo modo: *Recte additur haec particula et. Est enim aliud obligatio, aliud actio. Obligatio actionem parit: actio obligationis quasi filia. Id ab initio ita repeti potest. Singuli vel multi hominum actus, contractus, vel quasi pariunt. Contractus obligationes. Obligationes actiones.* Ed il Gotifredo non comenta già il processo civile, che non ha luogo nelle collezioni Giustinianee; ma scrive in teoria sulle leggi civili, dove sviluppa il nesso delle sue idee, e le ordina al modo già esposto.

Anche in Francia, al tempo della compilazione dei novelli codici, si pensò di far parlare le leggi civili sul conto delle azioni, e delle eccezioni: e corre già per le mani di molti un progetto di quella Corte di cassazione, tradotto, e ristampato in Milano al 1809, che trattava *delle azioni, delle eccezioni, e della giurisdizione*. Ma niente poi venne all'effetto. Si sa ancora quello, che in seguito è piaciuto poi di dire, per non far impegnare i novelli Codici in cotesti

(1) Ved. art. 151 proced. civ.

oggetti. Le definizioni sono pericolose in legge: prima cosa. Più: la materia è trattata a ribocco dai scrittori dell'arte; e pare, che sia miglior partito il farla restare del tutto abbandonata al lor metodo didascalico, anzi che cimentarla sotto una decisiva pronunciazione della legge: seconda cosa.

Ma di grazia, in quanto alla prima difficoltà, che ha fatto ostacolo, egli è ormai conosciuto, che la legge 202 *D. de reg. jur.*, in cui si chiamano pericolose le definizioni in legge, *parum est enim, ut subverti possim,* vada intesa non già delle mere definizioni particolari, ma delle regole poste in generale, che sotto il nome di definizioni bene spesso dai giurisconsulti romani si adombravano. Lo han mostrato fra gli altri il Cujacio, e Giacomo Gotifredo (1). E poi, mentre non è a negare, che molto pericolo vi sia anche nella mera definizione, la quale, al dir di Quintiliano, *duobus generibus evertitur, si aut falsa est, aut parum plena* (2); pure ciò non importa mai, che nel dispositivo delle leggi debba restar sempre, e del tutto proibito il poter definire. Così nella legge, come in ogni altra facoltà, è superfluo, ed è anche vizioso il sofisticar molto sulle definizioni, laddove le cose siano chiare, e patenti da loro stesse: *Et placet valde sententia Galeni, nullum esse usum definitionum, si etiam antequam ponantur, res ipsae nobis ad liquidum notae et exploratae sint*, il Cujacio (3). Ma fuori di ciò, le definizioni si rendono anzi sempre necessarie in ogni disciplina; per modo che, chi non comincia dal definire, pecca in logica.

E per non uscire dalla legge, basterebbe ricordare, che i giurisconsulti romani lasciarono dei libri intieri *definitionum juris;* nei quali, comechè vi fossero frammischiate anche delle regole legali, si trovano però bene spesso definizioni al senso dialettico. Certamente Papiniano, volendo definire la legge, lo fece al libro 1 *definitionum* (4); e si pronunziò in modo, che il suo responso *nihil aliud continet, quam definitionem legis dialecticam, non regulam juris,* al dire del Cujacio (5). E per poco, che si rivolgano i

(1) Cuiac. tom. 4 pag. 1421 C. — Gotofr. oper. minor. ad L. 202 de reg. jur.
(2) Quinctil. lib. 7 cap. 3.
(3) Cuiac. tom. 4 pag. 394 A.
(4) Ved. la L. 1 D. de leg.
(5) Cuiac. tom. 4 pag. 1422 B.

libri del Digesto, si incontrano passo passo delle somiglianti definizioni dialettiche, date dai giureconsulti, senza timore di incorrere in alcun pericolo. Marciano definì cosa fosse la cosa santa (1): e Giuliano diede la definizione della eredità (2). Modestino definì il matrimonio, e l'accettilazione (3): e Ulpiano pronunziò la rinomata definizione della giustizia; lo che fece appunto nel suo libro 1 *definitionum* (4). Gelso diede la definizione dell' azione, che è in proposito : (5) ec. ec.

Ma non solo i giureconsulti romani definivano: essi, dove il bisogno lo richiedea, passavano a distinguere, e dividere ancora nella materia già definita. Vi sono esempii nella *L.* 28 *D. de obl. et act.*, dove Papiniano definitivamente parlando, distingue fra l' azione, la petizione, e la persecuzione: e nella *L.* 52 dello stesso titolo, dove sul conto delle azioni altre cose si veggono particolarmente dettagliate. Vi è la *L.* 1 *D. de servit.*, in cui si definiscono insieme e si distinguono le diverse specie di servitù. Lo stesso per le adozioni nella *L.* 1 *ff. de adopt.*; ed altro.

Tutto ciò per le leggi romane. Se poi ci rivolgiamo al Codice civile dei francesi, ivi non troviamo altro che definizioni, le quali si veggono replicate nelle nostre attuali leggi civili. Per via di definizioni conosciamo l'assenza, la prole legittima, i beni mobili ed immobili, la proprietà, l'usofrutto, i legati di diverse specie, i contratti, e le diverse specie di obbligazioni (6). È definita la solidalità fra i debitori, l'obbligazione divisibile, e la indivisibile, la clausola penale, la cessione dei beni, la novazione, la compensazione, la confusione, l'atto autentico, la presunzione, il giuramento. Sono definiti i quasi-contratti, i delitti, ed i quasi-delitti (7). Vi è definita la vendita, la permuta, la locazione, l'enfiteusi, il contratto di società, il prestito, il deposito, il sequestro, il contratto aleatorio, il mandato, la transazio-

(1) L. Sanctum D. de rer. divis.
(2) L. 62 D de reg. iur.
(3) L. 1 D. de rit. nupt. L. 1 D. de acceptil.
(4) L. 10 D. de inst. et iur.
(5) L. 51 D. de obl. et act.
(6) Art. 117, 234, 439, 469, 507, 964, 1055, 1121.
(7) Art. 1153, 1170, 1179, 1218, 1225, 1243, 1254, 271, 1303, 1311, 1325, 1336.

ne, il pegno. Sono definiti i privilegii, le ipoteche, la prescrizione, il possesso (1) ec. ec.

Ora dopo tante e sì diverse definizioni, pronunziate già con evitarsi ogni idea di pericolo, resterà forse solamente vietato a poter definire nelle leggi civili l'azione e l'eccezione, per lo timore, che si vuole ispirare, di essere le definizioni pericolose *in jure*?

Egli è poi vero, che delle azioni e delle eccezioni si sono bene spesso ed a lungo occupati gli scrittori legali di tutti i tempi. Ma potrà mai dirsi, che se ne abbiano essi fatta una privativa? Potrà mai persuadersi, che questa parte interessante di giurisprudenza restar debba del tutto affidata alla forma didascalica delle cattedre, ed alle studiate elucubrazioni di coloro che la insegnano? Già prima di tutto sarebbe quì a censurarsi l'Imperador Giustiniano, che lungi dal lasciare questa materia alla cura dei giuristi, volle anzi egli trattarla e definirla compiutamente. Poi: gli scrittori comentano sì bene la legge, la interpretano, la illustrano, ma non fanno giammai leggi di conio. Se essi per lo innanzi si sono impegnati nel disputare con profitto sulle azioni e sulle eccezioni, lo han fatto, mentre già ne ritrovavano il soggetto *in corpore juris:* Titolo nel Digesto *de obligat. et act.* Lib. 4 tit. 6 Inst. *de actionibus*. Ma ora, essendo che nella novella legislazione si trova la materia non tocca, potrà mai sostenersi, che gli scrittori legali in un modo quasi suppletorio la trattino sovranamente, e la presentino come un novello ramo di giurisprudenza? Certamente delle due cose, l'una dee accadere. O si dee ricorrere tuttavia al diritto antico preesistente, o bisogna ritenere per principio sicuro, che la materia omessa possa essere supplita dalle autorità dei scrittori legali, che se ne occupano. Ma la prima cosa è al certo molto incomoda, la seconda è perfettamente assurda.

E vaglia la verità, volendosi oggi ricorrere alle leggi romane, per regolare e dirigere in giudizio le azioni, e le eccezioni, ognuno conosce, che la cosa non può aver sempre felice riuscita. Ciò che trattò al proposito Giustiniano nelle Istituta, e che prima di lui aveano insegnato i giureconsulti romani, non si trova perfettamente adattabile ai tempi d'oggi; specialmente dopo che la sapienza del nostro Legislatore

(1) Art. 1447, 1548, 1555, 1678, 1704, 1747, 1787, 1828, 1836, 1856, 1916, 1941, 1965, 2000, 2125, 2134.

ha dato a noi un novello corpo di diritto, in cui le cose per molti capi hanno cambiato di nome, e di forma, parecchie antiche disposizioni si sono cancellate, ed altre in loro vece si veggono riposte. Si può bene attignere al proposito le cognizioni generali da quei fonti inesausti del vero sapere legale, ove ora si riconosce la ragione scritta della più fina giurisprudenza; ma fa d'uopo di modificarle bene spesso, e adattarle alle novelle teorie dell'attuale legislazione: ed in questo affare, che porta gran fatica, ed esige una somma diligenza, e dilicatezza, si può di leggieri cadere in equivoci, e difficilmente si possono evitare le contraddizioni, o gli assurdi.

Pare adunque ben chiaro, che riguardata la cosa da tutti i lati, non possa non conoscersi necessario, che le teorie delle azioni, e delle eccezioni siano ora riprodotte nella legislazione, e nel foro, accomodandosi però ai principii delle attuali leggi civili. Ma, potrà dirsi, a qual fine mai sarà oggi giovevole il far parlare le leggi sul nome diverso, e sulle tante diverse specie delle azioni, riguardandone l'origine, e l'oggetto, nella circostanza che ora più non si bada a queste sottigliezze antiche, e non si va appresso ad indovinare nei giudizii l'azione specifica nella forma che prima era ricercata? Niuno è obbligato a dire, se agisce con l'azion reale, con la personale, con la mista, o con altro genere di azione. L'articolo 153 num. 3 della procedura civile prescrive, che nell'atto di citazione si dee esprimere *l'oggetto della dimanda, e la enunciazione sommaria delle ragioni, sulle quali è fondata.* Basta quindi che alla miglior maniera possibile la domanda si componga, esprimendosi ciò che l'attore ha in mira, perchè sia efficace a produrre l'effetto in giudizio; o che si tratti di azion reale, o di personale, o di mista; o che l'attore vada a dedurre altro genere di azione. Perchè dunque interessare la giurisprudenza nella definizione di tanti nomi di azioni, ed impicciarla in tante divisioni, e suddivisioni, che poi nell'effetto non menano a conseguenza? Sarà bello il vedere ordinato un numero progressivo di articoli, che sviluppano cotesta materia; ma servirà a far acquistar idee sempre sterili, e secche, senza le quali la legislazione tuttavia può camminare, ed il foro può reggere. *Nisi utile est quod facimus, turpis est gloria.*

Risposta: Se oggi non si chiamano più a nome le azioni,

col fatto però esse vi sono. Senza azione, certamente non si possono promuovere i giudizii (1). Non vi sarà la formola attaccata alla denominazione, ma la cosa dee esservi. E ciò appunto è che vuol intendersi, allorchè s'impone l'obbligo all'attore di esporre *l'oggetto della dimanda*, art. 153. Il nome dell'azione, e la formola che prima lo esprimea, era stato già bandito dalla legge, e dal foro fin dai tempi dell'Imperador Costantino (2). E ciò nulla ostante le leggi seguitarono a parlarne, ed infiniti trattati si composero per esprimerle e dilucidarle. Nè mai si è dubitato che nell'istituirsi il giudizio debba mettersi tutta la industria legale, per indicar bene l'azione, di cui si voglia far uso, siano qualunque i termini che nel libello si contengano. Il libello presso di noi era definito *talis qualis petitio* (3); lo che importava esclusion di formole, ma inclusion necessaria però di un'azion legale ben definita, e ben espressa. Avevamo il rinomato Capitolo *Detestantes*, in forza del quale senza veruna formalità il libello si concepiva, e gli atti si compilavano; ma ciò non escludea, che nell'introdursi il giudizio dovesse mettersi tutta la cura nel dedurre l'azione legalmente concepita, e bene indovinata al senso della legge. Lo stesso vale oggi mentre al Capitolo *Detestantes* si è sostituito l'art. 153 n. 3 proced. civ.

In fatti, se si sbaglia anche oggi l'azione, la legge accorda, come prima, le difese al reo, per dedurne la illegalità, e la inefficacia. *Verum et reo parata sic erit exceptio non competentis actionis, si minus prudenter actorem ad judicium provocare viderit; et ipsi quoque judici incumbit attendere, an et quale jus agendi actori competat, ne alias sine actione reum condemnasse videatur; unde ex officio libellum ineptum reiicere, et actori, ut aptam actionem proponat, per decretum iniungere tenetur* (4).

Si senta il Brunemanno: *Litigaturo autem non raro idem accidit, quod militi, ut quemadmodum hic in procinctu ad praelium constitutus, interdum non tam de armis et invasione ipsa, quam de armorum specie, et offensionis*

(1) L. 9 § 3 in fin. D. de admin. et peric. tutor.
L. 19 princ. L. 36 D. de reb. cred.
(2) L. 2 Cod. de form. et impetr. act. subl.
(3) Pragm. Dispendia de ord. iudic.
(4) Stryk. Tract. de act. Sect. 1 membr. 1 § 2.

modo sollicitus, dubiusque haereat; ita iste interdum, in casu concurrentium plurium actionum, magis circa actionis qualitatem, quam circa ipsam actionem, sat alias commodam, anceps pariter, et ambiguus inveniatur; qui tamen in hisce, et similibus difficultatibus, atque dubitationum anfractibus ita constitutus cautius non aget, neque melius sibi consulet, quam si ad actionum classes, tanquam sacram anchoram confugiat, et ex iis remedium negotio satis accommodum desumat. Nam, pro ut expedit, ita quisque vel hanc, vel illam actionem eligere debet, ad consilium Iustiniani Sacratissimi Imperatoris § 5 in fin. Inst. quod cum eo, qui in alien. pot. Fieri quandoque potest, ut quis unum eundemque ex diversis causis, ad idem aut ad diversa, vel etiam plures debitores obstrictos habeat, immensos tamen judiciorum sumptus, quales vel pro extrahendo processu vel pro causae cognitione, aut ejusdem finali determinatione in principio, medio, et fine requiruntur, metuit, et pertimescit. Hic si omnia accurata metitus regula, compendiosiorem exactionis viam meditari incipiat, atque postmodum pluribus diversis actionibus, in unum eundemque libellum translatis, omnes debitores una judicio pulsare proficuum judicet, revera non minus doctrina, quam judicio indigebit, ne oleum et operam misere perdat; id est: exceptione ineptae cumulationis sibi opposita, a limine judicii recedere, et repulsam ferre judicialem teneatur (1).

Bisogna dunque oggi, egualmente che prima era necessario, che nell'esprimersi *l'oggetto della dimanda*, si vada ad indicar bene di quale azione intendasi far uso, quantunque l'azione stessa non si nomini, e fa d'uopo, che in ciò non si erri, per non rendere elusorio il giudizio, e perdere le fatiche, e le spese: *Ceterum non sufficit nosse, quae actio institui possit, sed ibi praecipue opus est cautione, ut illud remedium eligam, quo rem meam, vel facilius, vel brevius, vel plenius recuperare valeam. Pro ut enim expedit, ita quisque, vel hanc actionem, vel illam eligere debet. § 5 Inst. quod cum eo, qui in alien. potest.; in quo § Imperator eum vocat stultissimum, qui, omissa actione, qua facillime rem suam consequi possit, probatu difficilio-*

(1) Brunneman. de Concurs. et cumul. act. in praeloq.

rem actionem, vel qua solidum consequi non possit, eligat. Eapropter non tantum ratio investigandi actiones, sed et investigatas caute secernendi et eligendi probe attendenda (1).

Più: La qualità dell' azione bene indovinata e bene espressa fa conoscere la competenza del giudice, e dà un avviamento al giudizio sicuro, e regolare, che non defrauda l' aspettativa dell' attore: *necesse itaque est ut judicem adeat, competentem, eumque de suo jure doceat, ac informet is, qui non in cassum laborare, sed id quod suum est sibique debetur, legitime consequi satagit* (2).

Per lo che a ragione conchiude lo stesso autore: *Quemadmodum enim gemma pretiosissima auro praeeminet, ita actionum materia dignitate, ac splendore reliqua juris capita multum post se relinquit. Minime enim sufficeret scire fundum Tusculanum jure dominii nostrum esse, aut in hac, vel in illa area jus ad rem nobis quaesitum esse, nisi insuper, quomodo utrumque rite, recteque, vel vindicare, vel petere, et prosequi debeamus, exquisitior accedat notitia* (3).

Ecco dunque l' utilità del Trattato da noi intrapreso; mentre in esso si espone, e si spiega tutto tutto il treno delle azioni, e delle eccezioni, non già con la idea di riprodurre in esso le antiche sottigliezze romane, tenendo dietro strettamente alle formole, ed alle superstiziose locuzioni, di che quelle abbondavano, ma col disegno di conoscerne l' indole, la natura, e l' oggetto, per adattarle in modo libero, e sciolto alla presente nostra legislazione; e perchè si ottenga il fine, che *l' oggetto della dimanda* sia ben regolato nelle citazioni introduttive de' giudizii, e non si sbagli. Si dice nell' art. 154 n. 4 che — *Se manca l' oggetto della dimanda, la citazione sarà nulla.* Ora l' oggetto malamente e non legalmente espresso, equivale all' oggetto totalmente obliato, e non espresso.

Giova in fine di recare qui in mezzo una recente autorità del sig. Berthelot, che il dotto sig. Dupin ha trascritta nelle sue note all' Eineccio: *Recitationes juris*, sotto il § MCXXV, che corrisponde al titolo *de actionibus*.

(1) Stryk. nel luogo citato § 3.
(2) Il Brunemanno nel citato luogo.
(3) Bruneman. nel luogo stesso.

Quidam contendunt, tractatum actionum romanarum per genera et species bene discretarum, ad nos nihil pertinere, cum illae actiones sint a nostris actionibus diversae, et earum distinctio sit jure gallico incognita. Sed alia mens esse debet cogitantibus, actiones romanas esse sparsas in toto corpore juris civilis, in legibus innumeris, quae ad materias vulgares pertinent, Cod. Nap. expositas, quarum illae leges merito esse complementa existimantur. Quod ad actionum partitionem et distinctionem attinet, nihil mirum, quod eas Cod. Nap. auctores non exposuerint, et vix de iis in processum Codice verbum unum fecerint, rati scilicet, satis abunde de hoc a jure romano fuisse provisum: nihil addendum fore, sed solummodo detrahendum.

Revera jure Cod. Nap., ut priori jure gallico, actiones singulis negotii propriae non sunt speciali nomine insignitae. Sed ea est differentia nulla. Actio ex vendito nata, quamvis actio venditi a nobis non specialiter nominetur, erit sua natura, et nobis etiam non cogitantibus actio venditi. Additum, aut detractum nomen actionis indolem propriam non mutabit: natura autem sola rei attendenda est. Neque est quod dicatur, jure romano fuisse singulis actionibus formulas speciales; hoc enim a Constantino abrogatum est L. 1 Cod. de form. et impetr. act. subl.: et tempore Justiniani nullo in usu positum; adeo ut satis fuerit, quemadmodum loquitur Lex 2 Cod. eod. tit., si actio sit apta rei et proposito negotio competens, ultra quod nihil jure gallico requiritur.

Cum actio nihil aliud sit, quam jus, ex negotio proposito agentis conclusionem continens, ut negotia secundum jus romanum utile fuit exponere, cum gallico jure collatum, sic utile erit juris romani recensere actiones, si cum juris gallici conferantur.

Conchiude dunque questo autore, che siccome è cosa ben utile l' esporre i principii del diritto romano, riportandoli alla legislazione corrente; così egualmente è utile, e vantaggioso il riandare sul sistema delle azioni secondo i principii del diritto romano, e riferirlo, adattandolo alle leggi del tempo.

A queste idee appunto si tiene dietro col presente nostro Trattato. Esso verrà diviso in due parti, delle quali la prima conterrà le azioni, la seconda le eccezioni. Ogni parte

poi avrà i suoi capitoli distinti, nei quali saranno fissate le proposizioni generali in Tesi, per via di articoli, con ordine numerico progressivo, (che forse un tempo potrebbero servire di Progetto, per darsi un supplimento alle attuali leggi civili, quando la sapienza del nostro Augusto Legislatore si determinasse a ciò). E poi ad ogni capitolo sarà annesso un ragionamento ben ricercato, col titolo di *Spiegazione del capitolo,* diviso in più sezioni, col quale verranno a mettersi in chiaro, ed a giustificarsi a rigor di legge le Tesi già premesse.

Confessiamo di aver durata della fatica ben molta su questi ragionamenti, e più nel fissare le Tesi che li precedono. Protestiamo però di non volere esigere, che un semplice compatimento dai più dotti, e dai più periti di noi; ai quali diciamo col Poeta:

Induxi te ad legendum: sincerum mihi
Candore noto reddas judicium peto.

PARTE PRIMA

DELLE

AZIONI

CAPITOLO PRIMO.

DELLA DEFINIZION DELL'AZIONE, E DELLE PRIMARIE DIVISIONI, DI CHE ESSA È CAPACE.

Art. i. Il diritto di ripetere giudiziariamente quello che ci è dovuto, dicesi azione.

Il mezzo, con cui un tal diritto si va ad esercitare in giudizio, chiamasi dimanda.

Art. ii. Le azioni o riguardano le persone o riguardano le cose.

Art. iii. Le azioni riguardanti le persone si riferiscono al loro stato civile, sia di cittadinanza, sia di famiglia; come anche alle qualità, di cui le persone possono esser rivestite.

Art. iv. Le azioni riguardanti le cose sono o reali, o personali, o miste.

Art. v. Si dividono anche le azioni in petitorie e possessorie: Le prime hanno in oggetto la proprietà delle cose; le seconde son rivolte al solo possesso.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO PRIMO.

SEZIONE PRIMA.

DELLA DEFINIZION DELL'AZIONE.

L'azione, al senso che qui è in proposito, fu definita da Giustiniano: *jus persequendi in judicio quod nobis debetur* (1): ed è a dire che egli seguì alla lettera la definizione stessa, che ne avea già data il giureconsulto Gelso nella *L.* 51 *D. de obl. et act.* Ora sull'azione a questo modo definita non ebbero che ridire le antiche scuole dei dottori, ai quali non venne giammai talento di far sospettare come monca o inesatta la idea palesata da Giustiniano. Non fu poi che al secolo decimosesto, quando per sentimento del Cujacio e dell'Ottomano si cominciò a mettere a censura l'Imperadore, e si vennero a presentare nuove idee di riforma. Due cose si vollero dire, che poi sono state sostenute da parecchi valenti uomini sull'appoggio della rispettabile autorità dei primi rinomati inventori. Si disse, che nel luogo, dove Giustiniano parlava delle azioni, non dovea egli definirla *in jure*, ma *in facto*; cioè non dovea esprimere il diritto, che si ha a perseguitare in giudizio quello che ci si dee, ma era al caso di marcare il mezzo legittimo, col quale si fa in giudizio lo sperimento di cotesto diritto. In secondo luogo si osservò, che nella definizione così posta da Giustiniano si trovano sì bene le azioni personali, nelle quali si verifica la persecuzione di ciò, che *nobis debetur*, ma non si comprendono le azioni reali, sul conto delle quali non può esservi idea di debito, essendo anzi già nostre le cose, mentre le domandiamo.

Su questi principii l'ultimo egregio scrittore Giovanni Einecccio venne a dare alla definizion dell'azione la seguente riforma: *Actio est medium legitimum persequendi in judicio jura, quae tum in re, tum ad rem nobis competunt* (2). E non è mancato fra i moderni scrittori chi abbia detto che l'azione sia a definirsi *un diritto di ripetere in giudizio quello che ci è dovuto, o che ci appartiene*; credendosi così

(1) Princ. Inst. de act.
(2) Heinecc. recit. jur. § 1120.

che l'azion personale si comprenda sotto *quello che ci è dovuto*, e l'azion reale sotto *quello che ci appartiene*. Queste idee son coltivate benanche dagli autori francesi, ai quali intanto non si sottoscrive il Pigeau (1), ed il Sig. Henrion de Pansey (2).

Ma con buona pace di tanti dotti uomini, pare che senza ragione si siano essi allarmati, e che la definizione data da Giustiniano possa restar tranquilla in quella buona opiniono in cui la lasciarono gli antichi.

Primieramente non vi ha dubbio, che dopo aver parlato l'Imperadore nelle Instituta delle persone e delle cose, passando poi alle azioni, lo che fece nel libro IV, non veniva precisamente a trattar *de jure*, che nelle azioni si contiene, ma *de facto*, cioè della loro esperibilità in giudizio. Le azioni, in quanto al diritto che racchiudono, vanno fra la classe dei beni, e propriamente dei beni incorporali: *Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur* (3). Quindi la definizion dell' azione, come *jus persequendi*, pare che avrebbe avuta sede meglio collocata nel secondo libro delle Istituzioni, dove si tratta delle cose; mentre in questo senso essa *pertinet ad secundum juris objectum, et quidem ad titulum de rebus incorporalibus*; l' Eineccio: e prima di lui lo avea ben anche avvertito il Donello (4).

Tutto ciò è vero, ma bisogna non confondere due cose, che sono perfettamente fra loro distinte e separate. Altro è definire l'azione in modo da poter essere esperibile in giudizio: altro è definirla nell' atto pratico ed esecutivo della sua esperibilità. Giustiniano allorchè nel libro IV delle Istituta s'impegnò a trattare delle azioni, non si propose di parlar di esse nel secondo senso, così che divenissero *media legitima*; ma volle prospettarle nel senso primiero, per far conoscere quali erano i caratteri essenziali di esse, onde per legge si potessero rendere esperibili in giudizio. E perciò, dopo aver data la definizion dell'azione in generale al modo che fece, passò a dividere le azioni in tante specie diverse,

(1) Pigeau lib. II parte I in princ.
(2) Henr. Della competenz. dei giud. di pace capit. XI.
(3) L. 49 D. de verb. sign.
(4) Donell. ad tit. Inst. de Act. n. 3.

ed a definirle a parte a parte, sempre *in jure*, e non mai *in facto*; per qualificarle appunto in tutti i casi, come capaci a rendere in giudizio l'effetto proposto. A questo stesso senso parlò poi delle eccezioni, e finalmente degli interdetti, che disse essere un'altra specie di azioni. E sempre verso *in jure*, nè mai definì queste cose nel fatto; perchè egli non faceva il processo civile, dove le azioni, e le eccezioni si deducono nelle forme del rito, ma dettava le regole, onde potersi conoscere quali e quante fossero le azioni, e le eccezioni dalla legge riconosciute e protette, per potersi esercitare in giudizio. Altro è l'azione e l'eccezione presa in teoria: altro è prendere queste cose in pratica per la via del fatto. Giustiniano definì le prime, non si occupò delle seconde. Definì l'azione, come un diritto radicato nella persona dell'attore, e non nell'atto che essa va ad intentarsi in giudizio. Il Bacovio che quì difende Giustiniano, così si esprime — *Dicitur actio jus persequendi, quoniam consideratur hic ut in persona creditoris radicata, non ut actu intentata* (1).

Se non che: perchè mai egli non parlò a questo senso delle azioni nel libro secondo delle Istituta, e si ridusse a trattarne nel libro quarto? Certamente pare che al libro secondo, dove si parlava dei beni, potea stare la definizion dell'azione presa in astratto, e non in concreto come *gius* che è tra i beni: e nel libro quarto, in cui non già di beni si trattava, ma di mezzi legittimi, e diretti a conseguire in giudizio i beni, col soccorso delle azioni, doveva egli scambiar la definizione, e chiamare *medium legitimum* l'azione posta in pratica.

La risposta qui è semplice e chiara. Al libro secondo si trattò *de rebus corporalibus et incorporalibus*, per notarsi la differenza, che passa fra di essi; e parlandosi dei beni incorporali, questi si definirono: *quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt*. Ora in tal luogo appunto, nella generale definizione dei beni incorporali venne compresa la definizione dell'azione, come bene incorporale, che certamente consiste *in jure, nec tangi potest*. Tanto bastava colà, perchè si soddisfacesse all'oggetto di definire generalmente i beni incorporali, distinguendosi in classe dai beni corporali: nè si esigea, che questi beni in-

(1) Bachov. de Act. Disp. I Thes. XXV.

corporali fossero ad uno ad uno colà specificati e definiti. Infatti designativamente, e non tassativamente fu detto in quel luogo: *sicut hereditas, usufructus, usus, et obligationes quoquo modo contractae* (1). Si enunciarono designativamente questi beni incorporali, ma non si definirono a parte a parte, essendo ciò riservato in seguito nella stessa opera delle istituzioni, nei luoghi rispettivi, dove di ognuno di cotesti beni incorporali dovea farsi parola. Infatti si vede già in seguito definito l'usufrutto, l'uso, e cose simili, nei titoli che loro corrispondono. Lo stesso è a dire dell'azione: Essa come bene incorporale, venne compresa nella definizione generica di tali beni: poi aspettava il suo luogo proprio per essere particolarmente trattata, e sviluppata, lo chè accadde nel libro quarto; dove fu definita, riguardandosi sì bene come mezzo legittimo, ma in natura, non in esercizio; in teoria, non in pratica.

Si senta al proposito Ugone Donello: *Qui fit igitur, ut Justinianus actionem de qua agitur statim definiat jus persequendi, non persecutionem, et sic deinceps ut de jure persequendi, non ut de persecutione et judicio? Quia ad explicandam eam persecutionem facti, quam quaerimus, necesse habuit id facere, natura rei id postulante. Non enim quaelibet persecutio juris nostri recepta est, sed ea quae instituitur pro eo jure agendi, quod cuique jure publico datum est. Ita ad persecutionem istam intelligendam prius jus agendi statui oportet. Atque ut forte non necesse esset id facere; tamen ad id, de quo quaeritur, ita pertinet, ut qui hoc docet, simul id de quo agitur doceat; atque adeo hoc ex illo multo facilius et commodius intelligatur. Hoc enim cognito, quod sit jus agendi cujusque, quid hic cuique jus concedat, statim et quidem optima ratione intelligitur, quam hic persequendi rationem instituere, et quomodo in ea pro jure nostro gerere debeamus: id autem est, de quo quaeritur* (2).

Dunque la definizione data da Giustiniano pare che non sia censurabile per questo capo. In quanto poi all' altro difetto di che viene a notarsi, cioè che essa sia ristretta alle sole azioni personali, e non si estenda alle reali, sembra

(1) § I Inst. de reb. corp. et incorp.
(2) Donell. ad tit. inst. de act. n. 3.

ancora che non vi siano argomenti molto robusti a sostenerne l'assunto.

L'Ottomano nelle sue prime specolazioni, dopo le parole: *quod nobis debetur*, volle aggiugnere: *vel quod nostrum est;* ma egli fu già ben rimbeccato da Giacomo Gotifredo sotto la *L.* 51 *D. de obl. et act.* Questo insigne comentatore del diritto ponderò sulle prime tutti gli argomenti, dai quali era tratto l'Ottomano, dicendo: *Ne alioquin solis personalibus actionibus haec definitio congruat, nam quod suum est ad personales obligationes non pertinet. L.* 3 *D. de obl. et act. L.* 23 *D. de rei vind. Quod nobis debetur nostrum, non est. L.* 25 *de obl. et act. Diversa sunt suum esse, et sibi deberi. L.* 27 § 2. *L.* 34 *De aur. arg. leg.* E poi, rivolgendosi al *quod nostrum est*, inventato dall'Ottomano, soggiunse: *Emplastro tamen illo opus non esse mihi videtur. Nostrum enim cum petimus, licet non sit debitum ex contractu, vel maleficio, ex variis tamen causis, signisque debitum nobis dici potest. L.* 1 *de obl. et act. L.* 52 *cod. Et vero judex possessorem nunquam cogeret rem restituere, nisi eam restituere deberet* (1).

Ed il Bacovio applaudendo al Gotifredo dice così: *Ut superstiosus hic sit Hotomanus* 3 *Observ.* 17, *ubi nisi addantur definitioni verba, vel quod suum est, angustiorem eam definito futuram putat: cum tamen nullo modo necessarium sit, ut verbum deberi ita stricte accipiatur, sed in genere, ut debere quisque dicatur ad quod praestandum jure tenetur* (2).

Nè poi è meno elegante e legale ciò, che ne scrisse Ulrico Ubero: *Definitur hic actio, quod sit jus persequendi in judicio quod sibi debetur, ubi verbum debet late accipiendum est; ita ut dominium quoque comprehendat; omnibusque in universum actionibus conveniat, secundum L.* 178 § *ult. D. de verb. sign. L.* 108 *eod.; tametsi plerumque suum esse atque deberi invicem opponantur. L.* 27 § 2 *D. de aur. arg. leg.* . . . *Quare nihil necesse videtur, hunc imputare juris conditoribus errorem, quod universo tractatui de actionibus definitionem uni modo speciei convenientem praefixerint, ut post alios paucos arbitratur Wissem-*

(1) Gotifr. ad L. 51 D. de obl. et act.
(2) Bachov. de ac. Disp. 1 Thes. 46 in not.

bachius ad hunc tit. th. 4. Et eo vel maxime nimis arbitraria summorum virorum illa reprehensio est, quod iidem correcturi definitionem Caesaris, pro verbis id quod aliis debetur, substitui volunt, quod suum est, cum tamen suum aeque proprie debito, quam debitum suo opponatur, ut e testibus modo citatis, etiam ex L. 9 § ult. de suppell. leg. L. 74 de Leg. III. Adde Brisson. de verb. signif. ubi verbo suum dominium significari ec. ec. (1).

Ma più di tutti egli è a consultare quì il Brunnemanno nel suo celebre trattato *de concursu et cumulatione actionum*, il quale si fa a precontare un per uno tutti gli argomenti dell'Ottomano, e riesce a distruggerli compiutamente, col soccorso di altri giurisconsulti, che egli trova del suo partito, e dottamente comenta (2).

L'Eineccio intanto, penetrato forse da queste verità, non si è attenuto all' aggiunto: *quod suum est*. Egli ha voluto dire: *medium legitimum persequendi in judicio jura, quae tum in re, tum ad rem cuique competunt*; e così ha creduto abbracciare ambedue le specie delle azioni reali, e personali. Ma egli avrebbe dovuto prima dimostrare, che τὸ debetur di Giustiniano non possa comprendere i diritti reali, e personali unitamente; altrimenti avendo per sicuro ciò, che si reca in controversia, sembra che possa peccare di petizion di principio. All'opposto, essendo che per le cose già esposte resta ben dimostrato il contrario, ne nasce, che la novella riforma vada precisamente all'inutile.

Vi sono stati gli ultimi scrittori in materia, e fra di essi alcuni degli ottimi Francesi che son pervenuti a noi, i quali hanno immaginato una cosa terza, esprimendosi a questo modo: L' azione è un mezzo legittimo da ripetere in giudizio ciò, che ci è dovuto, o che ci appartiene. Sotto ciò che ci appartiene essi credono esprimere l' azione reale, e l' azione personale sotto ciò che ci è dovuto. Essi a buon conto gustano più la teoria dell' Ottomano e del Wissembachio, mentre, a ben intendere, tanto vale il dire ciò che è nostro, quanto il dire ciò che ci appartiene. E se è così, la loro riforma va soggetta alle disapprovazioni stesse, delle quali non si è fatto esente l'Ottomano, ed il Wissembachio.

(1) Huber. ad tit. in I. De act. n. 2.
(2) Brunnemann. de concurs. cumul. et transmiss. action. cap. 1 n. 5 ad 11.

Se non che, in quest'ultima novella scoverta vi sarebbe anche da dire, che nella inventata espressione di ciò che ci appartiene si ritrova contrario il testo di Ulpiano nella *L.* 9 § 2 *D. de reb. auct. iud. poss.*; non che il testo di Papiniano nella *L.* 181 *D. de verb. signif.*; dove si dà la spiega al verbo *pertinere*; e si fa comune alle azioni reali ed alle personali. Perlochè, risultando l'espressione di *ciò che ci appartiene* riferibile per legge all' una ed all'altra azione, in linea di correzione a Giustiniano, essa non farebbe, che raddoppiare inutilmente l' espressione di ciò che *nobis debetur*, la quale sicuramente abbraccia e l'una e l' altra. La dicitura adunque peccherebbe di pleonasmo.

Veramente potea esser più rispettato Giustiniano, con quella maniera stessa, con cui egli protestò di conservare tutto il riguardo, e la riverenza dovuta alla veneranda antichità: *Tanta autem a nobis antiquitati habita est reverentia* (1).

SEZIONE SECONDA.

DELLA DIMANDA GIUDIZIALE.

La dimanda giudiziale oggi è la stessa che il libello convenzionale, conosciuto prima nel foro (2), il quale era definito dai dottori: *Causa instrumentalis, qua actio in judicium deducitur;* il Bacovio (3). Essa dunque è l'atto con cui si va ad esercitare in giudizio l'azione che compete. *Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si in judicio petitum esset* (4). Ecco qui l' idea della petizione, ossia della dimanda, con cui l' azione va dedotta in giudizio, e si sperimenta. Non può esservi giudizio senza dimanda: non può esservi dimanda senz'azione. L'una è subordinata all'altra: e così i trattatisti espongono la materia: *Hactenus ubi, et coram quo actio instituenda sit: sequitur ut videamus de actionis instituendae, et preponendae modo*, lo stesso Bacovio (5). Ed in questo senso nella *L.* 13 *D. quod met. caus.*

(1) L. 2 § 10 Cod. de vet. jur. enucl.
(2) Ved. le nostre mem. istor. del proc. civ. tom. 2 Dissert. 4.
(3) Bachov. de Act. disp. I Thes. 34.
(4) L. 15 D. rem rat. hab.
(5) Disp. I Thes. XXXIII.

l'azione con la dimanda si confonde. *Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Si senta Ugone Donello. *Nulla enim actio est, nisi in petitione alicujus rei, ejusque rei persecutione, uti nec ullum judicium, nisi in quo petatur aliquid L. Amplius D. rem rat. hab.; unde et actiones dictae petitiones* (1).

Ora secondo cotesti principii l'epiteto *medium legitimum* dell' Eineccio conviene meno all' azione che alla dimanda; anzi sulla dimanda perfettamente sta, ed all'azione potrebbe, e non potrebbe convenire. La dimanda sempre è di essenza *est medium legitimum*, mentre essa è che porta l'esercizio dell'azione innanzi ai giudici, e non si può concepire in senso diverso: l'azione per lo contrario se resti inoperosa: e non dedotta in giudizio col mezzo della dimanda, non presenta mai l'idea di *medium legitimum:* dee abbandonare allora questa qualità, e dee ritenere quella che le attribuì Giustiniano, allorchè disse che era *jus persequendi in judicio.* Ora ciò che non è di essenza di una cosa, non si può portare nella definizione della cosa stessa; lo che rifonde ragione su gli argomenti già esposti, onde non applaudire alla correzione fatta a Giustiniano sul conto della definizion dell'azione.

E vaglia la verità, l'azione che consiste nel diritto, ritiene il suo nome e la sua qualità, anche senza essere sperimentata in giudizio col mezzo della dimanda. Infatti niuno è tenuto ad agire per forza (2), tranne il solo caso della legge *Diffamari* per lo gius romano; ed allora l'azione anche senza essere esercitata, si conserva, e sta sotto il suo proprio nome. Quest' azione non esercitata con la dimanda giudiziale può prescriversi, ed una volta estinta, non torna più in vita (3): ed essa subisce queste fasi col nome di azione, anche non dedotta in giudizio, e quindi distinta dalla dimanda. Si può l'azione contrattare, cedere, vendere (4), restando sempre nei termini di semplice azione, non accoppiata ancora alla dimanda giudiziale.

Le nostre leggi sulla procedura civile anche intendono la dimanda giudiziale al senso stesso, ben distinta dall'azione.

(1) Donell. alla L. 3 Cod. de edend. n. 9.
(2) Tit. Cod ut nem. invit ag. vel accus. cogat.
(3) L. 98 § 18 D. de solut. Art. 2167 2168 e seg. LL. Civ.
(4) L. ult. Cod. de her. vel act. vend. art. 1535 LL. Civ.

In esse, parlandosi delle citazioni introduttive del giudizio, non si fa mai motto di azione, ma sempre di *dimanda*, cioè di azione dedotta in giudizio — *Dimande fra i coeredi — Dimande intentate dai creditori del defonto — Dimande relative alle disposizioni per causa di morte — Dimande di pagamento per causa di spese* (1). E poi, spiegandosi ciò, che dee contenere l'atto di citazione, nemmeno di azione si fa parola ma soltanto della dimanda — *L' oggetto della dimanda* (2). Val quanto dire si serba la proprietà delle voci, e si distingue l' esercizio dell' azione, che è nella dimanda, dall'azione stessa inoperosa, e non ancora dedotta in giudizio; della quale per contrario si fa parola nell' art. 151, dove dicesi che l' azione è reale personale o mista.

Più: nell'articolo 248, trattandosi della contumacia, in cui può incorrere l'attore, quando il reo, senza aver obbligo di fare difesa, viene a prendere il congedo, si dice, che *l'effetto di siffatta contumacia sarà*, che il reo *rimanga assoluto dall'azione proposta*. Ora cosa quì vuolsi intendere per *azione proposta*, se non che la dimanda, con cui essa in giudizio si deduce? Il senso legale di questo articolo si è, che il reo non resti assoluto dall' azione, che in questo caso non è esaminata dal giudice, tanto più perchè il reo non è obbligato a presentare le difese, ma resta assoluto dalla dimanda; lo che nel vecchio foro si esprimea con le parole: *absolvatur ab observantia judicii* (3).

E cade qui in acconcio l'osservare, che nell'abolito codice di procedura civile l' articolo 154, che corrisponde al citato articolo 248 della procedura attuale, era conceputo soltanto in questi termini: *Il reo che avrà costituito patrocinatore, potrà, senza aver presentate le sue difese, citare all'udienza con un solo atto, ed ottenere la dichiarazione di contumacia contra l'attore, il di cui patrocinatore non comparisce*. Qui terminava l' articolo. Per contrario nella procedura attuale, art. 248, si vede fatta la soggiunta in un comma a parte nei termini già espressi, cioè: *Sarà effetto di siffatta contumacia, che il reo rimanga assoluto dall'azione proposta, ed indennizzato delle spese sofferte*. Ora

(1) Art. 151 152.
(2) Art. 153.
(3) Vedi Voet tom. 1 pag. 114 n. 8.

questa novella aggiunzione fatta all' articolo 151, che fu proposta dalla Commissione legislativa del 1818, la quale lavorò sul prospetto del codice di procedura civile, venne ragionata nel seguente modo: *L'ordinanza del 1667 d'onde è tratto l' articolo 154 del codice di rito provvisorio spiegava chiaramente, che l' effetto della contumacia dell' attore, importasse assoluzione del reo dalla dimanda contro di lui intentata. Il codice di rito, trattandosi di un affare indubitato in Francia, fu breviloquo, e si contentò di dire, che si dava atto di contumacia al reo. Intanto nei nostri Tribunali, si è quistionato, se il congedo in prima istanza, importasse perenzione d'istanza, o assoluzione dell' azione. La Commissione ha riflettuto, che in appello la perenzione d'istanza fa passare in giudicato la sentenza dei primi giudici, e perciò il congedo, anche quando non valesse, che semplice perenzione d'istanza, importa assoluzione dall'appello. Rimaneva il dubbio soltanto per il congedo in prima istanza. La Commissione ha opinato di spiegarne l' effetto nel modo soprascritto, perchè non l'è sembrato giusto, che il reo debba dipender dal comodo arbitrario dell' attore, sempre che voglia ripristinare l'istanza. All'incontro ha riflettuto, che adottandosi la misura proposta in fine dell'articolo, l' attore sarebbe al coverto di ogni sorpresa.*

Finalmente nelle stesse leggi di procedura civile è spiegato come mai la dimanda giudiziale, e l' istanza, che la sussiegue possano perimersi, e quale sia l' effetto di questa perenzione (1); sempre diverso dall'effetto, che produce la prescrizion dell' azione. Il tutto conferma, che la dimanda è ben distinta dall' azione.

Alla dimanda giudiziale sussiegue l' istanza della causa, che è cosa ben diversa, e che fu definita da Ubero: *judicialis tenor singularum causarum* (2). La dimanda non fa altro che aprire in giudizio l' esercizio del diritto che nasce dall' azione: quì essa si arresta e non passa più oltre. L' istanza fa proseguire, e porta al compimento l' esercizio di cotesto diritto. L' azione in fatti, che con la dimanda si deduce, è passibile di varie eccezioni o di sostanza o di forma,

(1) Art. 490 494.
(2) Huber. ad pan l de judic. n. 27.

le quali cammin facendo nel corso del giudizio spiegano il loro treno; e nella contradizione di esse in faccia all'azione dedotta, dove sta la cognizione della causa, si ottiene il pieno e compiuto sperimento del diritto che con la dimanda venne dedotto. Accade bene spesso, che non nel modo come l' azione si è presentata viene poi definita, e decisa; ma con le variazioni, e con le modifiche, che sono richieste dallo stato della causa, guardata nel tutto insieme in faccia alle vicendevoli proposte, risposte, e repliche delle parti litiganti. E quì è, che si trova il pieno e compiuto esercizio del diritto, nascente dall'azione. Per la qual cosa la dimanda non è a definirsi un'atto con cui si esercita in giudizio il diritto nascente dall'azione; ma sì bene un'atto, con cui si va ad esercitare in giudizio cotesto diritto. L'iniziativa è nella dimanda: il prosieguo ed il compimento è nella istanza che dura fino alla sentenza definitiva, e con essa va a spirare.

SEZIONE TERZA.

DELLA PRIMA DIVISIONE DELLE AZIONI, RIGUARDANTI O LE PERSONE, O LE COSE.

Giustiniano allorchè nelle Istituta divise e classificò le azioni, cominciò dal distinguerle in reali, e personali, delle quali pienamente trattò. Poi venne a parlare, come di un terzo genere, delle azioni, che riguardano lo stato delle persone, le quali egli chiamò pregiudiziali; e disse, che esse si assomigliavano alle reali. *Reales esse videntur* (1). Per verità, a stretto rigor di legge, queste azioni riguardanti lo stato delle persone, non possono giammai dirsi reali, mancando loro uno dei principali requisiti, che sono proprii delle azioni reali; cioè la persecuzion della cosa in mano al terzo possessore, col diritto a farla restituire. E poi in tali azioni l'attore può essere scambiato col reo, mentre in esse non è definito chi debba figurare con questi caratteri: diviene attore chi prima agisce in giudizio (2). E questa cosa certamente non si confà con le azioni reali. In fatti il Donello, ed altri dotti uomini, che comentano il testo di Giu-

(1) § 13 Inst. de act.
(2) L. 12 D. de except.
L. 14 D. de probat.

stiniano, avvertono, che egli non definì già per reali queste azioni, ma impropriamente parlando si espresse a quel modo, da che la voce *videri* presenta un'idea non fermamente decisa, ma dubbia, e vacillante. *Verbum videri improprietatem redolet.* Arg. L. 1 § 1 D. Ad S. C. Turpill. L. 1 § 12 D. de vi et vi arm.

Intanto, a malgrado ciò, vi sono stati dei dottori che hanno difesa la proposizione dell'Imperatore, anche sotto l'aspetto di un'assoluta proprietà di significato, ed hanno sostenuta la qualità reale delle azioni, riguardanti lo stato delle persone, *libertatis, civitatis, familiae*. Si sono essi persuasi, che siccome nelle azioni reali per parte dell'attore si asserisce, e si sostiene una qualche cosa, come sua propria, così ancora in queste azioni l'attore viene ad allegare e sostenere il suo stato, sia di libertà, sia di cittadinanza, sia di famiglia: *Ex parte excellentiori*, dice il Vinnio, *non male in rem esse dicuntur; quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat, et asserit* (1). E l'Oldendorpio ne avea data una spiega maggiore: *Ecce enim non procedunt ex aliquo facto, vel formula negotii gesti, unde producatur personalis actio, sed immediate, ac principaliter complectuntur istae actiones jus ipsum, quod peto in persona alicujus, vel ex diverso libertatem, quam intendo. Et sic respicitur res in persona potius, quam aliquid extra personam. Sicut enim vindicatio proprietatis dicitur in rem actio, ita petitio alicujus juris, vel libertatis in rem censebitur* (2). A buon conto, siffatte azioni non possono essere personali, dice questo insigne scrittore, dunque debbono essere reali; anche perchè hanno delle molte somiglianze con le reali, ponendosi mente a ciò, che l'attore viene con esse ad asserire, e proporre in giudizio. E per tacere di parecchi altri, Corrado Rittersusio uomo egualmente sommo, coltivando gl'istessi argomenti, scrive: *Sed possumus defendere, quod vere, ac proprie sint in rem, cum nihil sit medium inter actiones in rem, et in personam. De servitute non est hoc dubium, cum servi sint in dominio nostro, et rerum numero habeantur, adeoque pecoribus annumerentur.* L. 2 ad Leg. Aquil. *Liberi quoque in potestate olim parum distabant a servis. Et in*

(1) Vinn. ad § 13 Inst. de act.
(2) Oldendorp. caus. 3 act. 9 n. 3.

libertis multa pristinae servitutis vestigia, multae reliquiae, et quasi maculae inhaerent. In omnibus igitur actionibus his praejudicialibus suum aliquid petit is, qui agit; verbi gratia, vel servitutem, vel libertatem, vel ingenuitatem vel denique filiationem (1).

Ma l'argomento del Rittersusio tratto qui dalla ragion del dominio, e dal diritto reale sopra i servi, poco suffraga al proposito, mentre la quistion principale nella specie non è nella ragion dominicale, ma è nel definire lo stato della persona, se cioè sia uomo libero, o servo: e guardata la pura quistion di stato, astrattamente dalla revindica del servo, si vede bene, che essa non offre idea di realità. Il Boemero accenna la dottrina del Rittersusio, ed a questo modo appunto la ribatte: *Id tamen contendit Rittershusius* (cioè che l'azione circa lo stato sia reale) *cum in effectu de dominio, et jure quodam nobis in persona competente detur. Verum id quidam magis fit secundario, nec ad quascumque actiones praejudiciales applicari potest. Primario hic de statu personae contenditur, qui per se jus in re non constituit. Unde etiam in* L. 1 D. *de liberali causa, servus de conditione sua litigare dicitur; adeoque proprie non petitur* (2).

Del resto sarà poi vero che, perchè non vi è via di mezzo fra le azioni reali e le personali, debbano aversi necessariamente per reali le azioni, che sono in proposito: *cum nihil sit medium inter actionem in rem, et in personam?* Già il Duareno uscì d'impiccio col chiamarle azioni straordinarie: *Quaesitum est an hae actiones in rem sint, an in personam. Et existimo exraordinarias esse* (3). Ma senza entrare allo straordinario, se queste azioni si ritrovassero fuori delle reali, e delle personali, e formassero un genere ben diverso, e distinto, in cui particolarmente venissero a figurare, senza avere rapporto, nè alle une, nè alle altre, allora l'affare sarebbe tratto da ogni impiccio, e le teorie resterebbero in regola, ed in tranquillità. Giustiniano certamente, come di un genere diverso parlò di queste azioni, perchè le espose dopo avere esaurito il trattato delle reali, e delle personali: e se egli si fosse astenuto dal soggiugnere: *reales esse vi-*

(1) Rittershus. ad § 13 Inst. de act.
(2) Boehmer. de act. 2 cap. 1 § 2 in not. f.
(3) Duaren. Disput. annivers. lib. II cap. II.

dentur, nel che sta unicamente lo scrupolo, non vi sarebbe stato luogo a discettarne tanto. Ora il Boemero è colui, che porge qui al proposito dei lumi, ed in un modo mirabile mette in via questo affare. È sorprendentemente magistrale la sua teoria, espressa in questi pochi termini: *Pro ut jus est, vel personarum, quod versatur circa statum hominum, vel rerum, quod res patrimonii nostri concernit, ita quoque actiones, quae nihil aliud, nisi jus nostrum in judicium deductum sunt, se habent; Quemadmodum itaque jus personarum toto coelo distinctum est a jure rerum, ita quoque actiones inde descendentes distingui debent* (1).

Dunque, camminando con le regole che sono fissate in faccia al diritto, da cui le azioni emergono, può dirsi che le azioni o riguardano le persone, o riguardano le cose; come appunto il diritto versa o sulle persone, o sulle cose. Le prime niente hanno di comune con le seconde, dalle quali *toto coelo* sono distinte e separate. Per lo che non è del caso qui la ricerca di vedere se le prime, che riguardano le persone siano o pur no reali, o almeno se alle reali si assomigliano: *reales esse videntur.* La loro classe è di genere diverso; perchè l' oggetto a cui son rivolte è tutt' altro di quello, che è proposto in faccia alle seconde, che riguardano le cose. *Summa vero illarum divisio est, quod actio sit vel praejudicialis, vel non praejudicialis .... Praejudicialis est actio, quae ex jure personarum, seu statu hominum descendit, et neque ad jus in re, neque ad jus ad rem spectat, sed distinctam ac separatam naturam habet* (2).

E con la guida di queste sicure teorie il trattato delle azioni va regolato diversamente. In esso non si dee cominciare dal riconoscere le azioni reali, e le personali, con aggregarvi le miste; ma bisogna risalire più in alto. Fa d' uopo cominciare a dividere le azioni in due classi principali, cioè in quelle che riguardano le persone, ed in quelle che riguardano le cose. Certamente nella L. 1 § 2 D. de rei vind. la quistione sull'azione di stato si distingue letteralmente dall'azione reale. *Per hanc autem actionem* (cioè per la revindicazione) *liberae personae, quae sunt juris nostri, ut puta*

(1) Boehmer. dict. loc. § 1.
(2) Ved. Samuel. Strichio Vol. XI disp. 16 cap. 1.

liberi qui sunt in potestate, non petuntur (1). Poi, dopo esposte le teorie che sostengono le azioni riguardanti le persone, passandosi alle azioni che riguardano le cose, si può venire alla divisione di esse in reali, personali, e miste. Nelle azioni della prima specie il diritto che si sperimenta versa unicamente sul conto delle persone, e non mai si estende alle cose; o che questo diritto sia attivo, o che sia passivo. La persona allora è il soggetto dell'azione, lo stato, o la qualità che alla persona vuole applicarsi, o di che vuole essa privarsi, è la ragion del contendere, che porta a risultati tutti personali, e non mai reali. *Neque itaque proprie in rem sunt, sed potius diversum sui agendi fundamentum, diversamque petendi rationem habent* (2). Nelle azioni della seconda specie, che riguardano le cose, va in regola la triplice distinzione in reali, personali, e miste.

Nè fa ostacolo la rispettabile autorità di Giustiniano, seguita da tutti i Dottori secondo la quale sta in principio la division delle azioni in reali, e personali: *summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam* (3). Giustiniano mentre fece questa principal ripartizione delle azioni, che poi suddivise in tante altre specie, non ebbe in mira ciò, che col mezzo delle azioni si deduce in giudizio, ma guardò unicamente la natura delle azioni, e le loro cause diverse, mettendo in veduta come dice Vinnio, *naturam, causas, vim et proprietatem singularum, velut in tabella* (4). Egli soddisfece al suo disegno, e fedelmente andò al fine che si avea proposto. Dopo esaurito il trattato delle azioni, riguardate nella loro origine, e nella loro causa, si rivolse alle azioni pregiudiziali, nelle quali viene in mira l'oggetto che esse hanno; e dimostrò col fatto che queste azioni appartenevano ad un'altra classe, ed erano di genere diverso.

Riordinando dunque la materia delle azioni, e cominciando dal dividerle principalmente in quelle che riguardano le persone ed in quelle, che riguardano le cose, si tiene anche dietro all'ordine proposto nella compilazione delle nostre attuali leggi civili, nelle quali al primo libro diffu-

(1) Ved. L. 7 § final. L. 9 D. de liberal. caus. L. fin. D. si ingen. esse dic.
(2) Boehmer. dict. loc. § 11.
(3) § 1 Inst. de act.
(4) Vinn. ad § 1 Inst. de act.

samente si tratta delle persone, e poi al libro secondo si passa a parlar delle cose. Per quello che è scritto al libro primo, si rendono necessarie le teorie che regolano le azioni sopra i varii stati, e sulle diverse qualità, che possono competere alle persone, e di cui esse si rendono suscettibili. Poi, serbando l'ordine già posto, siegue in regola lo sviluppo di tutto il resto, che concerne le azioni riguardanti le cose, sotto il loro triplice aspetto di reali, personali, e miste. Sta dunque che la primaria division delle azioni sia in quelle che riguardano le persone, ed in quelle che riguardano le cose.

SEZIONE QUARTA.

DELLE AZIONI CHE RIGUARDANO LE COSE, E DELLA LORO TRIPLICE DIVISIONE IN REALI, PERSONALI, E MISTE.

Giustiniano, intendendo parlare delle azioni che riguardano le cose, le distinse in tre classi: *rei persecutorie, penali,* e *miste;* ma egli ebbe oggetto più vasto, perchè si propose di trattare la materia delle azioni estesamente, così per i giudizii civili, che per i giudizii penali. Ebbe egli qui in oggetto il fine, a cui in generale tendono tutte le azioni. *Ratione finis, actiones sunt vel rei persecutoriae, vel poenales, vel mixtae*, il Boemero (1). Intanto di queste tre classi di azioni, la prima solamente viene ora al proposito, cioè la *rei persecutoria,* con la quale, al dir del giureconsulto, noi andiamo in cerca di ciò che è nostro, e non si trova nel nostro patrimonio (2). Questa azione riguarda i giudizii civili, che sono qui unicamente in oggetto dell'opera. E fissando tutte le vedute nelle sole azioni *rei persecutorie,* che poi per eccellenza sono chiamate azioni, si anderà a farne la ripartizione, e la ricerca nei varii loro generi, per trattarli un per uno ripartitamente.

Ora tutte le azioni, di che parliamo, vanno dirette contra le persone, che si convengono in giudizio, e non già contra le cose, con le quali non è mai concepibile, che possa agirsi; e quindi tutte le azioni dovrebbero dirsi personali. All'opposto, mentre contro alla persona si agisce, non si av-

(1) Boehmer. de act. sect. 1 cap. III § 8.
(2) L. 25 D. de obl. et act.

vera giammai, che la persona si richiegga, ma essa è convenuta per ottenersi la cosa; e sotto questo rapporto tutte le azioni dovrebbero chiamarsi reali. Ciò nulla ostante le azioni si dividono in reali, e personali, alle quali si aggiungono le miste. La ragione si è, perchè nel farne questa divisione non si ha in oggetto la cosa che in giudizio si domanda, ma il diritto, che si rappresenta a pretenderla; e quindi *tanquam ex caussa efficiente* si distingue, e si denomina l'azione (1). Se il diritto è sulla cosa, senza riguardo alla persona, l'azione risulta reale: se è sulla persona per avere la cosa, l'azione riesce personale. La prima nasce dal *gius in re*, la seconda dal *gius ad rem*. Appositamente il Boemero: *jura sunt qualitates, quae per se non sussistunt, sed subiectum, cui insint, desiderant, quod est vel res, vel persona: inde jus in re, et jus ad rem* (2).

Le nostre leggi sulla procedura civile riconoscono tre generi di azioni, cioè le reali, le personali, e le miste (3); e sotto questo triplice aspetto abbracciano tutto ciò, che può dirsi in materia. Giustiniano nelle sue Instituta fu qui più prolisso, mentre andò a dividere le azioni, di che trattiamo, in cinque, o sei classi diverse, mettendo in veduta *naturam, caussas, vim, et proprietatem singularum, velut in tabella* (4). Ma egli dovette servire al gusto del tempo, e adattarsi alla giurisprudenza allora vigente. Più: dovette serbare un linguaggio, che poi facesse intendere con i proprii vocaboli tutto ciò, che era sparsamente detto nel corpo del diritto romano, che egli avea raccolto. Si era distinto fra il diritto civile, ed il diritto pretorio: si erano assegnati i nomi alla Pubbliciana, alla Paulliana, alla Serviana: erano conosciute le azioni in *simplum, in duplum, in quadruplum*: si facea differenza fra le azioni di buona fede, e quelle di stretto, come anche fra le azioni dirette e le utili; ed altro. Ma lo stesso Giustiniano protestò sul bel principio, che la principale divisione delle azioni era in due generi, reali, e personali: *Summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam* (5). Non vi aggiunse

(1) Vinn. ad § 1 Inst. de act. n. 1.
Donell. ad § 1 Inst. eod.
(2) Boehmer. sect. II cap. II in not. C.
(3) Art. 151 proced. civ.
(4) Vinn. dict. loc.
(5) § 1 Inst. de act.

in questo luogo le azioni miste, delle quali per altro parlò in prosieguo (1); ma non perciò la sua principal divisione in reali, e personali riuscì monca, o inesatta; nel che è stato già difeso dai dottori. Egli seguì la stessa divisione, che avea ritenuta Ulpiano nella *L.* 25 *D. de obl. et act.*, ed ai tempi di Ulpiano non erano segnatamente marcate le azioni miste; mentre per la petizione della eredità, questa era creduta azione reale (2), e per le tre azioni *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*, queste erano ritenute per azioni personali (3). *Ego sic sentio*, dice il Vinnio, *veteres plura actionum genera, quam duo illa quae hic proposita sunt non agnovisse, easque, quae mixtae aut mixtam caussam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque adnumerasse ei speciei, ad quam principaliter, et ratione originis pertinent* (4).

Ma poi il quasi universale consenso di tutti i dottori ha dimostrato, che resti più compiuta, ed esatta la general divisione delle azioni, aggregandovi anche le miste, lo che fu seguito nelle nostre leggi di procedura civile. E certamente esse formano un genere ben diverso dalle reali, e dalle personali. Se non che: *mixtura illa non spectat originem causamque, sed subiectam judicii materiam*, come avverte l'Ubero (5). Per lo che conchiude il dotto Eineccio: *Quamvis quaestio illa dentur ne actiones mixtae, et non adeo magni momenti sit, et ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus, et sine hac distinctione explicari, non tamen existimo absurdam esse eorum sententiam, qui mixtas actiones requiri contendunt* (6).

Si rende qui opportuno l'osservare, che le nostre leggi di procedura civile, mentre distinguono le azioni in personali, reali, e miste, ed assegnano ad ognuna di esse il foro competente (7), non s'incaricano delle azioni personali-reali: *scriptae in rem*, nè del foro che ad esse corrisponde. Certamente non essendo oggi sconosciute queste azioni personali-reali, anzi trovandosi in piena osservanza come era per

(1) § 28 Inst. eod.
(2) L. 25 § Antepen. de pet. hered. L. 1 L. 27 § 3 de rei vind.
(3) L. 1 D. fin. reg.
(4) Vin. ad § 1 Inst. de act. n. 6.
(5) Huber. ad tit. Inst. de act. n. 19.
(6) Heinecc. ad Vinn. § 1 Inst. de act.
(7) Art. 151 proc. civ.

diritto romano, è a dire che la legge ha inteso di additarle sotto una delle tre specie, che ha espresse. Ma a quale specie propriamente esse appartengono? Qual'è il foro dove debbono esser dedotte?

Il Bacovio scrittore di gran polso divise le azioni in *pure*, e *miste*. Nelle *pure* collocò le personali, e le reali: nelle *miste* pose le *scriptae in rem*, e le miste così propriamente dette. *Denique* PURA *actio est quae vel est in rem tantum, vel in personam:* MIXTA *quae est in rem, et in personam. Et haec mixtura duplex est; altera ubi actio causa tantum personalis, obiecto tantum realis est. Altera mixtura est, cum actio, et duplicem causam efficientem, v. g. et dominium et obligationem; et duplex objectum, duplicem intentionem habet* (1). E secondo questi principii dovrebbe dirsi che le nostre leggi di procedura sotto la terza specie indicata delle azioni miste comprendono le *scriptae in rem*. Ma non è così.

Il Bacovio riunisce alle miste le *scriptae in rem*, perchè vuol dimostrare che esse entrambe non sono azioni pure, ed a queste si contropongono; guardandosi quì l'oggetto delle azioni, e non la loro causa efficiente. Ma nel tempo stesso rileva egli la differenza, che passa fra la mistura che si trova nelle *scriptae in rem*, e quella che è nelle vere miste. Il tutto è espresso laconicamente, e magistralmente bene. Or questa differenza appunto dimostra che le *scriptae in rem* fanno classe con le personali, di cui sono una specie, e non si riuniscono alle azioni miste. Infatti niuno ha mai insegnato che le azioni miste siano la stessa cosa delle *scriptae in rem*. E noi nel trattare entrambe coteste azioni al luogo proprio, parleremo delle miste al titolo particolare, che loro corrisponde, e delle *personali-reali*, sotto la rubrica delle azioni personali, delle quali esse risultano una specie. La ragione si è perchè Giustiniano nell'additare le azioni *scriptae in rem*, le riportò appunto alle personali; *namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus adversarium ei dare et facere oportere, et aliis quibusdam modis* (2). Ed

(1) Bachov. de act. Disput. II. Thes. V VI VII.
(2) § 1 Inst. de act.

è risaputo che sotto queste ultime espressioni: *aliis quibusdam modis*, si adombrano le azioni *scriptae in rem*. Dunque è a dire, che nelle nostre leggi di procedura civile sotto le azioni personali si contengono le personali-reali: *scriptae in rem*.

Il foro poi competente per le azioni personali-reali *scriptae in rem*, è certamente il foro della cosa sita, perchè l'oggetto dell'azione è tutto rivolto alla cosa. L'origine sta nella obbligazione, e ciò serve a definir l'azione come personale: ma l'oggetto è rivolto alla cosa; e siccome in queste azioni non si conviene la persona, perchè dia o faccia o non faccia qualche cosa, ma si agisce *aliis quibusdam modis*, così per avere effetto l'azione che è rivolta alla cosa, bisogna che si agisca nel foro dove la cosa è sita. A buon conto si rientra nella regola generale, riconosciuta anche dalle nostre leggi (1), che cioè nelle azioni reali si va al foro della cosa sita. È classica la *L.* 3 *Cod. ubi in rem actio*; e l'argomento è trattato luminosamente da Ugone Donello che versa a lungo su questa legge; e la comenta (2).

Le azioni personali-reali dunque, mentre fanno classe con le azioni personali, debbono essere dedotte e sperimentate nel foro della cosa sita, a cui esse sono dirette (3).

Sunt tamen quaedam personales (actiones), *quae extra ordinem dantur contra omnem possessorem, et in foro rei sitae institui possunt. L.* 38 *in fin. D. de judic., specialique nomine vocantur in rem scriptae, uti actio quod metus causa, ad exhibendum, aquae pluv. arc. Calvisiana, et Faviana ec. minime vero pignoratitia* (4).

SEZIONE QUINTA.

DELLA TERZA DIVISIONE DELLE AZIONI IN PETITORIE, E POSSESSORIE.

Le azioni si distinguono ancora in petitorie, e possessorie: e qui viene riguardato l'oggetto a cui esse sono dirette. Le petitorie perseguitano la proprietà delle cose; le possessorie

(1) Detto art. 151 proced. civ.
(2) Donell. de jur. civ. lib. 17 cap. 15.
(3) Ved. Brunemann. ad dict. L. 3 Cod. ubi in rem act.
(4) Boehmero sect. 1 cap. 3 n. 5.

sono rivolte al solo possesso: oggetti per altro ben distinti fin da che nel costituirsi le società civili si riconobbe il diritto del possesso separato dal diritto della proprietà; onde ebbe a dire il giureconsulto: *nihil commune habet proprietas cum possessione* (1). Possono essere dunque le azioni o reali, o personali, o miste, come si è veduto nel capitolo precedente, e possono essere altresì o petitorie, o possessorie; ma sotto questo secondo rapporto esse formano una classe a parte, che riesce diversa da quella triplice specie già ravvisata. Infatti Giustiniano non parlò delle azioni possessorie nel luogo delle instituta, dove trattò delle azioni, ma ne parlò sotto il rapporto degli interdetti, dai quali esse scaturiscono, in luogo a parte; e poi nella collezione delle pandette le additò sotto il nome di azioni straordinarie: *De interdictis, seu extraordinariis actionibus quae pro his competunt*. La qualità di azioni straordinarie le astrae dal senso comune di tutte le altre azioni, e le definisce azioni *sui generis*.

Intanto non mancano parecchi scrittori, ai quali piace di collocare le azioni possessorie sotto la rubrica delle azioni reali; e propriamente opinano a questo modo coloro, che mettono il possesso per la quinta specie del *gius in re*. Ma i dottori di buon gusto non accedono a questo sentimento. *Facti enim magis est possessio, quam juris* (2). Si ascolti il Boemero: *communiter possessionem inter species juris in re referunt, id quod tamen ab aliis non sine ratione reprobatur. Nam 1. ex possessione non datur actio realis, quia remedia possessoria petitoriis, quae ex jure in re competunt opponuntur 2. fur habet quidem possessionem, sed ut jus in re ei tribuam a me impetrare nequeo 3. jus in re rei cohaeret, nec ita potest amitti possessio, quae magis facti est, facile amitti et interverti potest. Dicitur quidem quandoque possessio juris esse, sed inde non statim concludi potest quod sit jus in re* (3).

Jus possidendi, dice il Grozio, *ex possessione sequitur*. E quale è mai cotesto diritto? Lo spiega egli stesso: *jus inde oriundum est, quod quisque rem a se possessam detinere, et sibi eripere volenti, resistere potest*. Più: *quod in pos-*

(1) L. 12 § 1 D. de adquir. poss.
(2) Stryk. de act. sect. 11 membr. 11 § 1.
(3) Boehmer. pag. 300.

sessione maneat, donec alius rem jure evincat (1). E su questa dottrina del Grozio dimostra Ulrico Ubero, che il diritto al possesso *in eorum numero haberi non possit quae jura in re solent appellari. . . . . possessio igitur, vel jus possessionis neque in re, neque plane ad rem est..... ergo ista possessio tale jus non est* (2). Vi sono al proposito le dotte osservazioni del Bornio, che in questo viene seguito ed applaudito da Giovanni Einecció; rinforzando l' argomento con ragioni più energiche, fra le quali vi è la seguente: *nam possessio non producit jus, nisi momentaneum L. 15 de adquir. rer. dom. L. 5 D. de usurp. Id est ex possessione sola nullum mihi nascitur jus, nisi quamdiu possideo. Hinc si quis jus suum judici demonstrat, statim possessione excedere cogor, si vel maxime dicam me bona fide, et justo titulo possidere. Atqui jus in re non est jus momentaneum, sed durare debet etiam possessione amissa . . . . hinc recte ratiocinamur nullum jus in re est momentaneum* (3).

Del resto per rendere la cosa ben chiara, bisogna convenire nel principio, che tutte le azioni possessorie prendono origine dagli antichi interdetti del Pretore; lo che in appresso sarà meglio dimostrato. E bisogna distinguere fra ciò che accadeva ai tempi del pretore romano, e ciò che poi venne introdotto. Ora gli antichi interdetti non risvegliavano certamente idea di *gius in re*, mentre essi non riguardavano, che il solo possesso, nel quale per le cose dette non può collocarsi il *gius in re*. Il possesso poi qui non è al senso di possesso naturale, come sarebbe la nuda detenzione della cosa, che si verifica nel conduttore, nel depositario, nel commodatario; ma è nel senso del possesso civile *cum animo sibi rem habendi* (4). E questo possesso era quello che il Pretore o dava o garantiva con gl' interdetti *adipiscendae, retinendae, vel recuperandae;* i quali interdetti erano da lui accordati usando più dell' impero, che della giurisdizione, e tenendo spesso dietro le promesse, che nei suoi editti veniva a fare. *Praetor Romanus eam materiam* (cioè del possesso) *suis edictis plene complexus est, ex quibus*

(1) Grot. lib. 2 jurisprud. Holland. cap. 2 princ. et § 8.
(2) Uber. digress. cap. 10 num. 3.
(3) Heinec. recit. § 334.
(4) V. Heinec. recit. ad tit. de interdict. § 1286.

interdicta reddidit, l'Oldendorpio (1). Infatti nell' editto *ut in flum. publ. navig. lic.* era scritto: *ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat, interdicam*. Più: parlandosi delle cloache: *item ne quid fiat, immittaturve interdicam* (2).

Questi interdetti intanto erano sempre personali, non perchè nascessero da azione personale, che allora certamente nella materia possessoria non si riconosceva; da che gli interdetti si impetravano per via di libello, e si accordavano col mezzo dei decreti Pretorii, pronunziati nel giorno, così detto delle postulazioni (3). Ma erano personali, perchè guardati in loro stessi, si dirigevano alle persone, e col loro ordinativo obbligavano a fare, o non fare qualche cosa; ed è perciò, che disse Ulpiano: *interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (4). Al più al più i dottori hanno detto, che essi erano personali *scripta in rem*, o piuttosto *causa rei*, come accuratamente scrive il Cuiacio, riferendosi ai due interdetti *retinendae, et recuperandae* (5). Questo riguarda gl' interdetti.

Ora, dopo smontato il regno forense pretorio, svanì con esso tutto il sistema degl' interdetti, ed allora fu che si rendette esperibile il diritto al possesso per via di azioni straordinarie, *ex causa interdictorum*; e così gl'interdetti in un certo modo si accomodarono alla natura delle azioni, e cominciarono a presentare nelle azioni possessorie un quasi doppio aspetto, di realità, e di personalità. Si senta il Boemero: *Haec (interdicta) analogiam quamdam cum actionibus ordinariis habere videntur, ita, ut actiones, quae pro his competunt, certa ratione dici possint reales, et personales. Quaedam enim interdicta occasione juris in re nascuntur: quaedam conventione vel delictum supponunt; et inde haec in personam, illa vero in rem esse videntur. Ratio differentiae est, quod haec in foro rei sitae costituantur; illa vero in foro domicilii potissimum: illa competunt contra quemvis possessorem, vel turbantem, non*

(1) Oldendorp. class. 2 act. 1.
(2) Barnab. Brisson. de form. III pag. 285 V. Samuel. Pitisc. voc. Interdicere.
(3) V. Giacomo Revardo Protrib. cap. 6. E le nostre memorie istoriche del proc. civ.
(4) L. 1 § 3 D. de interdict.
(5) Cujac. tom. 8 pag 354.

aeque haec (1). Per gli interdetti *occasione juris in re* intende il Boemero gl'interdetti *adipiscendae possessionis*, come egli stesso spiega, e come anche il Cuiacio avvisò (2); da che in questi interdetti è rimirato fra l'altro il *gius* ereditario, che è un diritto reale. E per gli altri interdetti, che suppongono il fatto dell'uomo, o molesto, o criminoso, intende gl'interdetti *retinendae, vel recuperandae*.

Ma checchè sia dell'interdetto *adipiscendae*, che oggi presso di noi non ha più luogo, certamente per gli altri due, che animano ora le azioni possessorie in caso di turbativa, diritto reale alcuno non si può ravvisare, nè da essi azione alcuna reale può emergere: *Certe petitoriam actionem ex possessione non nasci, communior sententia:* lo Strichio.

Per gl'interdetti cammina oggi l'azione *in factum*, e ne consentono tutti i Dottori (3). Il fatto è appunto nell'azion molesta ed ardita, con cui il possesso vien turbato, o vien ritolto. Ed agendosi per ritenere, o per ricuperare cotesto possesso, non si sperimenta diritto reale vindicatorio, ma azione personale *ex causa interdicti. Qui possessionem petit, non vindicatione, sed interdicto agit* (4). Ed ogni azione *in factum* è personale (5). Gli interdetti erano personali *scripta in rem;* ed in questo senso possono prendersi anche oggi le azioni possessorie, guardandosi l'oggetto a cui sono esse rivolte, e la causa loro occasionale, che nasce dal fatto della turbazione; ma mentre queste azioni sono nell'effetto personali-reali, non possono andar definite sotto questa denominazione; perchè la definizione si dee prender dall'origine, ossia dalla causa efficiente dell'azione. E questa nelle azioni possessorie sta unicamente nel possesso. Il possesso non è *gius in re*, nè *gius ad rem;* dunque l'azione che da questo possesso emerge, è un' azione *sui generis*.

Per ultimo: le azioni possessorie non riguardano soltanto le cose, ma riguardano anche lo stato delle persone, la loro condizione, e la loro qualità personale, che possono essere garantite nel possessorio egualmente, che ogni altro diritto reale. Ora lo stato delle persone, la loro condizione, e le loro qualità personali, per le cose dette di sopra, non ammettono idea di *gius in re*, nè di *gius ad rem*.

(1) Boehmer. sect. 2 cap. 4 § 12.
(2) Dict. tom. 8 fol. 354.
(3) Oldendorp. class. 3 act. 7 Wisemb. disp. 23 ad 116, 43 D. thes. 1 n. 2.
(4) Gotofr. ad L. 3 D. ad exhib.
(5) L. 25 D. de Obl. et act. L. 1 et seq. de praescript. verb.

CAPITOLO SECONDO.

DELLE VARIE SPECIE DI AZIONI, CHE RIGUARDANO LE PERSONE NEL LORO STATO CIVILE, DI CITTADINANZA, E DI FAMIGLIA, E PER LE QUALITA' LORO PERSONALI.

Art. vi. Appartengono allo stato civile di cittadinanza delle persone le azioni, che riguardano.

1. La dichiarazione di nazionalità per l'esercizio dei diritti civili e politici:

2. La dichiarazione della legittima esistenza dei corpi morali:

3. Gli atti tutti dello stato civile, e quelli della loro rettificazione:

4. La dichiarazione, e gli effetti dell'assenza:

5. La privazione dei diritti civili per la perdita della qualità di nazionale, o in conseguenza di condanne giudiziali.

Art. vii. Hanno rapporto allo stato di cittadinanza le seguenti altre azioni; cioè:

1. Quelle che riguardano la tutela, in quanto alla nomina del tutore, alle cause di esclusione, o di rimozione dei tutori:

2. Quelle che hanno in oggetto la interdizione, per motivo di imbecillità, di demenza, o di furore:

3. Quelle che corrispondono alla dichiarazione o al cangiamento del domicilio.

4. Quelle che riguardano la minore età, in

ordine alla capacità di contrattare, di stare in giudizio, e di esercitare pubbliche cariche:

5. Quelle che portano la dichiarazione del tempo della morte, per regolare l'apertura delle successioni, ai termini dell' art. 639 LL. Civ.:

6. Quelle che tendono a far ricusare i giudici:

7. Quelle che son dirette a far dichiarare, o sostenere i titoli onorifici, e la nobiltà delle persone, e delle famiglie:

8. Quelle che riguardano la condizione di ecclesiastico, o di monaco, per gli effetti civili, e politici:

9. Quelle che riguardano la condizione di pubblico funzionario, per le obbligazioni, e per i privilegii annessi alla carica:

10. Quelle che riguardano la condizione di donna maritata:

11. Quelle che hanno in oggetto le condizioni personali nascenti da professione di scienze, o di arti, in quanto agli effetti civili, ed alle conseguenze che ne emergono:

12. Quelle che riguardano la condizione di militare, per le esenzioni, e per i privilegii che vi sono annessi.

Art. viii. Appartengono allo stato di famiglia le azioni che hanno in oggetto:

1. La paternità, e la filiazione:

2. I figli naturali, e la loro legittimazione, o il loro riconoscimento:

3. Le adozioni:

4. Il diritto che ha la madre separata di

corpo a far riconoscere dal padre i figli, onde educarli, ed alimentarli:

5. Il diritto che ha la madre naturale in caso di ratto, per far dichiarare il padre, ad oggetto di astringerlo ad alimentar la prole:

6. La dichiarazione delle parentele nei gradi riconosciuti, ed ammessi dalla legge.

Art. ix. Hanno rapporto allo stato di famiglia le seguenti altre azioni, che riguardano:

1. La patria potestà:

2. La emancipazione:

3. I diritti agli alimenti, che hanno i figli legittimi, ed i figli naturali verso i loro genitori, e quelli che a vicenda competono ai genitori bisognosi contra i loro figli; come anche la stessa ragione alimentaria, che ha luogo tra le persone legate in gradi stretti di parentela, e costituite nel bisogno:

4. I diritti ed i rispettivi doveri dei coniugi:

5. Le opposizioni al matrimonio, e le dimande per impugnarlo, in quanto agli effetti civili:

6. La separazione personale fra marito e moglie, e gli effetti di essa:

7. Il diritto che ha il padre separato di corpo a farsi esibire i figli dalla madre:

8. Il diritto che è comune all'uno ed all'altro coniuge separato di corpo, per far ordinare, a maggior vantaggio dei figli, che siano essi affidati alla cura di lui stesso, o di una terza persona.

Art. x. I giudicati una volta legalmente emessi nelle cause di stato con l'intervento del con-

tradditore legittimo, fanno regola in tutte le altre cause consimili; come anche per tutte le controversie che da esse dipendono.

Più: essi giovano, o nuocciono anche ai terzi che non ebbero parte nel giudizio.

Art. xi. Le azioni possono riguardare ancora le varie qualità inerenti alle persone, che da esse si spiegano particolarmente nei contratti e nei giudizii, o agendo a nome proprio con qualità aggiunta, come di erede, di legatario, di mandatario, di cessionario, di donatario; o agendo a nome alieno, come di procuratore, di amministratore, di gestore di negozii, di tutore, di curatore, di consulente giudiziario, di sindaco provvisorio, o di agente nelle fallite.

Art. xii. In tutte le azioni riguardanti lo stato, la condizione, e la qualità delle persone, quando siano isolatamente trattate, il foro competente è quello del domicilio, o della dimora della persona, che, o attivamente, o passivamente, forma il soggetto dell'azione.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SECONDO.

SEZIONE PRIMA.

DELLA INDOLE, DELLA NATURA, E DEGLI EFFETTI DELLE AZIONI CHE RIGUARDANO LO STATO DELLE PERSONE.

Siamo alle azioni riguardanti lo stato delle persone, del quale stato si tratta nelle leggi civili art. 36, 106, ed art. 249, 250, 251. Coteste azioni da Giustiniano si ebbero per pregiudiziali, e sotto questo nome per eccellenza si designarono: *praejudiciales actiones* (1); nel che fu egli uniforme ai giureconsulti romani, i quali le chiamarono *praejudicia* (2). Ma con ciò non vuolsi intendere, che queste azioni abbiano a pregiudicare le altre cause, o che debbano aver sempre preferenza nei giudizii. Tali cose possono esser comuni anche ad altre azioni, le quali intanto non son chiamate *praejudiciales* (3). E bene spesso può accadere, che le quistioni sullo stato, e sulle qualità delle persone, che sono appunto le pregiudiziali, vengano a sorgere cammin facendo nei giudizii, o si propongano per via di eccezioni: ed allora esse si trattano incidentalmente, o in linea di eccezione si esaminano. È nota la nostra antica Costituzione del Regno: *Exceptionem filiationis, generis sive gentis, et quod heres non sit.*

Al senso dunque di Giustiniano si debbono dire pregiudiziali le azioni in proposito, e nell' antico foro, e poi nel foro che seguì, al modo come dai Dottori si è già luminosamente detto e dimostrato. Per lo foro antico romano: *Non inde ergo praejudiciales actiones dictae sunt*, scrisse Giacomo Revardo, *quod in iis magnum praejudicium vertatur: vel quod aptae sint aliis praejudicare causis, vel denique quod per illas impediri videatur, ne praejudicium feratur, ut plurimi somniarunt; verum inde potius, quod prius, ad quas pertinent, causis per datum judicem expediantur* (4).

(1) § 13 Inst. de act.
(2) L. 18 D. de prob. L. ult. si ingen. ess. dict. L. 2 § 2 de rei vind. L. 37 D. de obl. et act.
(3) Ved. L. 8 § penult. de inoff. test. L. 54 de iudic. L. 18 21 de except. L. 5 in fin. Cod. de hered. petit.
(4) Raevard. de praeiudic. Cap. XII.

E per lo foro posteriore, l'Oldendorpio: *Praejudicium dicitur, quod ante judicatum sequentibus sententiis, vel negotiis diiudicandis viam sternit, praebetque limites* (1).

E con più precisione e maggior dettaglio il Rittersusio: *Per excellentiam praejudicia dicuntur hae actiones de statu . . . . quia ideo istituuntur, ut praejudicium faciant aliis rebus, ita ut ex earum eventu ab sententia in his lata descendat decisio aliarum causarum, et controversiarum; verbi gratia, si factum sit: An aliquis liber sit an servus alterius, et is pronunciatus sit servus: hic non subsistimus, sed simul etiam judicatum et pronunciatum esse dicimus de omnibus iis, quae servituti adhaerent, incommodis, ut dominium, jus coercendi, operarum exactio, et praestatio, quascumque dominus imperarit; item adquisitio omnium bonorum, obligationumque. Quae omnia alia sunt si liber esse pronunciatus est* (2).

E quello che quì si rileva sul conto della servitù, vale per gli altri stati personali di cittadinanza e di famiglia; dove fatta una volta la dichiarazione dello stato, essa cammina per tutte le conseguenze, e per le altre cause che sulla dichiarazione dello stato possono attivarsi (3). *Aliis causis praejudicatur*, come elevò in massima il giureconsulto Marcello nella *L.* 43 *D. de minor*.

A buon conto, dice elegantemente il Toullier sulle tracce dei Scrittori già rapportati: Queste cause diconsi pregiudiziali. « Parce qu' elles jugent d' avance toutes les autres « actions, qui pourront en dépendre, et s' élever dans la « suite sur le même sujet, entre quelques personnes que ce « soit, et que le but qu' elles se proposent, le but qui leur « est propre, est de les préjuger toutes, c' est-à-dire de le « juger d'avance, même avant qu' elles soient nées (4). »

I giudicati, che da queste cause pregiudiziali emergono, fanno stato anche in faccia ai terzi, che non ebbero parte nel giudizio. Onde è che la sentenza pronunziata tra il padre ed il figlio vale anche in faccia a tutti gli agnati, ed i cognati (5). Fallisce quì la regola, che detta: *judicatum*

(1) Oldendorp. class. 3 act. 9.
(2) Rittershus. ad § Praeiudiciales Inst. de act.
(3) L. 23 D. de stat. hom.
(4) Toullier tom. X n. 216.
(5) L. 1 § ult. L. 2 D. de agnosc. et aleud. lib.

inter praesentes tenet (1). E basta, che nel giudizio sia intervenuto il legittimo contraddittore, col quale legalmente, e ritualmente siasi agito, perchè la cosa giudicata stia, e si ritenga per legge in faccia a tutti. *Placet enim ejus rei judicem jus facere . . . . . eoque jure utinur;* scrive decisamente Ulpiano nella causa appunto di stato (2). Ed è qui il caso, in cui va bene, ed eminentemente detto: *res judicata pro veritate habetur* (3). Si senta il Vinnio, il quale, parlando del modo, come le azioni pregiudiziali si istituiscono nel giudizio, soggiugne: *atque ut instituuntur, ita et sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quaestio inciderit, quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat* (4).

E bisogna convenire in ciò, che assai bene per queste cause avverte il citato signor Toullier; cioè che « Les questions qui concernent l'état des hommes sont d'une telle « importance, dans la société civile, qu'elles ne peuvent « demeurer dans l'incertitude. Une fois portées devant les « tribunaux, le jugement qui intervient, les fixe irrévocablement, pourvu qu'il soit rendu avec un contradicteur « legitime . . . .

« C'est à l'état de l'homme, dans la société, que sont attachés ses droits, les droits de famille surtout, dont l'usage est si fréquent, les consequences si importantes et si « étendues. Combien sa condition serait misérable, si, à « chaque occasion qui se présente d'exercer ses droits on « pouvoit renouveler des contestations sur son état! Rien « donc de plus sage que cette règle. Les jugements rendus « en matière d'état fixent irrévocablement le sort de celui « pour ou contre lequel ils sont rendus. Ils ont contre tous, « et pour tous l'autorité de la chose jugée; en un mot ils « deviennent lois de la société: *Jus faciunt* (5). »

Soltanto, come si è avvertito già, dee aversi cura, che in questi giudicati intervenga il contraddittore legittimo, acciocchè essi riescano legalmente, e compiutamente pronunciati. *Cum non justo contradictore quis ingenuus pronun-*

(1) L. De unoquoque D. de re jud.
(2) L. 3 D. de aguosc. et alend. lib.
(3) L. 25 D. de stat. homin.
(4) Vinn. ad § 13 Inst. de act. n. 1.
(5) Toullier loc. cit. n. 217.

ciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset: Ulpiano (1). Che se il giudizio sia stato in ciò difettoso, può il giudicato attaccarsi col rimedio della opposizione di terzo, ai termini dell'art. 538 procedura civile, da colui appunto che si omise di sentire col carattere di legittimo contradditore, o che non venne con tal carattere rappresentato. La teoria è sviluppata dal Covarruvias nelle sue *quistoni pratiche* (2), ed è esemplificata anche dal signor Toullier nell'opera già additata (3).

Una simile regola hanno i giudicati che riguardano i titoli onorifici e le nobiltà delle persone e delle famiglie, e quelle condizioni personali, che dalla persona non mai si distaccano, e che fanno distinguere gli uomini nello stato sociale. Una volta si giudica sul loro conto, e quando siasi adito il giudice competente, e non manchi il legittimo contraddittore, il giudizio sta sempre in faccia a tutti. *Quorum resolutio in hoc etiam tendit, ut nihilominus in hac specie, quoad jus publicum, quoad munera publica, sententia omnibus aliis prosit et noceat, quoties causa fuerit examinata quantum ad hoc publicum commodum.* Il Covarruvias nel luogo rapportato Ved. la definizione 7 del Fabro al titolo del Cod. *de re judicata.*

Il giudizio di stato, di che trattiamo, regolarmente va inteso nel senso di giudizio in principale; quando cioè principalmente, ed unicamente della causa di stato va a conoscersi, e pronunciarsi. *Quid*, se incidentemente in una qualche causa la quistion di stato si promuova, e vi si pronuncii in linea incidentale? Bisogna allora distinguere, se il giudice della causa principale sia o pur no competente anche per la causa incidente di stato. Essendo egli incompetente, la sua pronunciazione qualunque, non nuoce, e non pregiudica allo stato della persona. Il caso è preveduto dagli Imperadori Severo, ed Antonino nella *L.* 1 *Cod. de ord. judic.*, che è comentata a lungo da Ugone Donello, il quale conchiude, che pronunciando incidentalmente il Preside sullo stato dell'impubere, mentre esamina la causa della eredità, la sua sentenza non fa regola sullo stato. *Sed non ideo hoc idem valet atque si de statu impuberis princi-*

(1) L. 3 D. de collus. deteg. Ved. L. 27 § 1 D. de liberal. caus.
(2) Covarruv. pract. quaest. 13.
(3) Toullier dict. loc. n. 219 e seg.

paliter actum, et pronunciatum esset. De hereditate quidem ipsa cum petitore, tanquam qui ob suprascriptas causas heres non sit, aut non potest. Sed si is qui de hereditatè victus est, eumdem illum petitorem servum suum esse ex alia causa intendat, nihil obstet ei, quominus id faciat. Aut, quod victor adversus alias personas pro libero non habebitur, cum si de ejus statu judicatum esset, haberetur; vis haec est praejudicii L. 1 in fin. L. 2 L. 3 in princ. D. de liber. agnosc. (1).

Se poi in queste dichiarazioni incidenti abbia pronunciato il giudice competente, anche per la causa dello stato, la causa incidentalmente decisa col legittimo contraddittore, resta nella sua decisione ferma ed inattaccabile. Lo ha dottamente mostrato il riferito signor Toullier nell' opera indicata (2).

Sono intanto riferibili a queste azioni pregiudiziali due testi di Ulpiano nella L. 12 D. *de except.*, e nella L. ult. D. *si ingen. ess. dic.*, sotto il rapporto di vedere chi sia in esse l'attore, e chi sia il reo; mentre bene spesso in tali cause possono figurare contemporaneamente amendue le parti contendenti da attrici l'una verso l'altra, e da ree convenute: appunto come accade nei così detti giudizii doppii: *Sicut in actionibus duplicibus, sic in praejudiciis, quaeritur quis actoris partes sustineat:* il Cuiacio (3). E secondo l'insegnamento di Ulpiano: *actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit;* cioè come spiega lo stesso Cuiacio: *eum esse actorem, secundum cujus intentionem data, et concessa est actio.* Lo che importa, che sia attore colui, il quale è il primo a presentarsi in giudizio, e ad intentare l'azione di stato, sia affermativa, sia negativa. Ed è già conosciuto, che nelle cause di stato si fa dai dottori questa distinzione fra l' azione affermativa, e l' azione negativa: *Ad exemplum actionis negatoriae, et confessoriae, in causa status quoque duplex actio obtinet, adfirmativa, qua servus libertatis statum asserit, et negativa, quam etiam contrariam dicunt, qua dominus servo, in possessione libertatis existenti, statum hunc negat:* il Boemero (4).

(1) Donell. de jur. civ. lib. 17 cap. 9 n. 16.
(2) Toullier dict. loc. n. 230 a 234.
(3) Cujac observ. V, 37.
(4) Boehmer. de act. sect. 2 cap. 1 § 8.

Conosciuto così chi sia l'attore, egli è che dee adire il giudice nel foro competente. Ora in queste azioni il foro competente è quello, dove si rinviene, o per domicilio, o per dimora, la persona che da il soggetto all' azione stessa. Cotesta persona può essere l'attore medesimo che dimanda sul suo conto la dichiarazione dello stato, e può essere la persona del reo convenuto, sulla testa del quale, dello stato si contenda. Quindi va stabilito per foro competente quello, in cui domicilia o dimora la persona, che forma il soggetto dell'azione.

SEZIONE SECONDA.

DELLE VARIE SPECIE DELLE AZIONI PREGIUDIZIALI RIGUARDANTI LO STATO CIVILE DELLE PERSONE, SECONDO I PRINCIPII DEL DIRITTO ROMANO.

Giustiniano nell'annunziare le azioni pregiudiziali sullo stato delle persone al § 13 *Inst. de atc.*, le ridusse a tre: *per quas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo*. La prima azione riguarda lo stato di libertà; la seconda quello della ingenuità; la terza quello della famiglia; *non utique quolibet, sed de jure filii:* Il Vinnio (1). Ed in queste tre specie intese ivi di abbracciarle tutte. *Hoc quoque intelligi potuit tres esse species harum actionum, quarum in prima quaeritur de libertate, vel servitute; servus ne sit quis alicujus vel liber: Secunda de ingenuitate, et libertinitate; an videlicet aliquis libertus sit alterius, an ingenuus. Tertia de familia, et potestate: an quis filius sit alterius, nec ne;* Il Rittersusio (2).

Ma altrove era detto nelle leggi, che lo stato delle persone comprendea ancora quello della cittadinanza, e si estendea ad ogni diritto di famiglia. Lo stesso Giustiniano avea ciò espresso al titolo delle Instituta *de cap. min. in fine*. Ed il Giureconsulto Paolo nominatamente lo avea spiegato nella L. ult. D. de cap. min.; dove: *Tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam*. Ed è perciò, che secondo i principii del diritto romano le cause pregiudiziali, riguardanti lo stato civile delle persone, a queste tre classi principalmente si riferivano. Dicesi principalmente, perchè

(1) Vinn. ad § 13 de act. n. 5.
(2) Ritters. ad § 13 Inst. de act.

sull'appoggio delle stesse leggi romane sostenevano i dottori una classificazione di secondo ordine di queste azioni, le quali se non direttamente, e tassativamente in quelle tre specie si ritrovavano, aveano però una dipendenza ed una stretta relazione con esse; onde per simiglianza, ed analogia venivano a supplirle. Restò dunque elevato in massima, che le azioni di stato strettamente prese, non eccedessero le tre sole designate sotto lo stretto rapporto della libertà, della cittadinanza, e della famiglia; ma che in senso più lato dovessero tali azioni ampliarsi, dividersi, e classificarsi in altre specie ancora. Chi disse, che le prime erano *dirette*, le seconde erano *utili:* Chi insegnò, che le prime riguardavano lo stato *primario* delle persone, e le seconde lo stato *secondario:* E chi in fine in altri modi si espresse, onde far comprendere, che quelle di secondo ordine accedeano alle prime, prendendo motivo, ed *occasione* da esse. E con questo metodo tutti vennero a fare di queste azioni di stato di secondo ordine un sistema particolare, ed una classificazione diversa.

Si cominciò dal dare la spiega allo stato di famiglia, che Giustiniano pose in terzo luogo, ed in accorcio adombrò sotto la quistione: *de agnoscendo partu;* e se ne aprì il senso, dilucidandolo, ed ampliandolo per via di esempii: *Hac actione agitur vel inter maritum et uxorem, soluto per divortium matrimonio, si uxor marito denunciarit intra* 30 *dies post divortium, se ex eo gravidam esse, vel etiam inter mulierem, et avum, in cujus potestatem filius post mortem patris sui natus, recasurus est. Vel agitur hac actione inter ipsum patrem et filium; idque rursus dupliciter ut scilicet, aut pater petat declarari hunc esse filium suum, cum is neget; aut filius petat, se pronunciari filium ejus, qui se patrem esse negat* (1).

Poi si lavorò su tutto il triplice stato personale, e col metodo dinanzi espresso si veggono fissate le seguenti teorie.

L' Oldendorpio ritenne per *dirette* le tre azioni pregiudiziali, che nascevano *ex verbis et mente Senatus, et Praetoris romani;* ma soggiunse nel tempo stesso: *Ceterum posteriores jurisperiti, cum personarum conditionem successu temporis (sicut omnium rerum vicissitudo est) variatam vi-*

(1) Rittershus. ad § 13 Inst. de act.. Vinn. ad dict. § n. 5.

derent, et tamen eamdem manere rationem; rectissime porrexerunt has actiones ad omnes personas, quae hodie quolibet jure aut consuetudine nobis subjectae sunt, et personaliter obsequiis obligatae. Hoc respectu censentur utiles, certe optima ratione, ut romanae leges nostro saeculo deserviant; sicut Graecorum instituta Romanis olim deservierunt.

E dopo queste premesse, distinguendo qui fra azioni *dirette*, ed utili, prese a dire, che all' azione *diretta* di stato *libertatis* si adattava *l'utile* che compete: *Principibus, comitibus, nobilibus, ac ceteris dominis praediorum adversus rusticos, colonos, censitos, adscriptitios, originarios homines.* Ed alla terza azione diretta di stato *familiae* aggiugne la *utile*; con la quale: *permittitur fratri adversus fratrem, et cognato adversus cognatum de jure familiae. Bartolus in L. sive contra* § 1 *D. de lib. agnosc. Et Ulpianus fecit mentionem hujus controversiae in L. ubicunque* § 1 *D. de ventr. in possess. mitt. Nam porrigitur haec actio ad controversiam totius cognationis. Ut si quis adserat, vel negetur cognatus. Arg. L.* 11 *Cod. de lib. exhib. L. Imo D. eod., ubi interdictum de liberis introductum porrigitur ad uxorem* (1).

Il Gotifredo sotto il § 13 Inst. de act. sulla terza azione di stato *de partu agnoscendo* notò così: *Hac quaeritur, an ex marito mulier praegnans sit L.* 1 *in fin. D. de lib. agnos. Adde interdictum de liberis exhibendis: vindicationem liberorum jure Quiritum adversus tertios L.* 1 § 2 *D. de rei vind. Actionem pro rebus piis L.* 9 *L. penult. D. de obseq. parent. et patron. Et alimentis parenti exhibendis L.* 5 *princ. D. de lib. agnosc. Et contra.*

Il Rittersusio, dopo aver comentato il testo di Giustiniano sul triplice oggetto delle azioni pregiudiziali, riconoscendo in esso le sole azioni dirette, ed attaccandovi l' idea delle altre azioni utili, di che la materia è capace, scrisse: *Nec vero plus sunt directae quidem, quamvis utiles actiones praejudiciales plures sint. . . . Ut si disceptetur an aliqua sit vel fuerit uxor alterius. L.* 3 § *et quid sit. D. de agnosc. lib. ubi Bartolus annotat, etiam de jure agnationis et cognationis utile esse praejudicium; idque probat Oldendorpius Class.* 3 *Act.* 9.

(1) Ved. Oldendorp. Class. 3 Act. 9.

Samuele Strichio: *Dividitur haec actio* (praeiudicialis) *in civilem et pretoriam* § 13 *Inst. de act. Illa dicitur, quae de jure civili datur; et est quae principaliter de statu libertatis obtinet, et subdividitur in directam, quae ex Lege* 12 *tab. vel ex S. C. introducta reperitur, ubi quaeritur, utrum quis sit liber an servus, nec ne* § 13 *Inst. de act. Quae ex interpretatione prudentum descendit, an aliquis sit rusticus adscriptitius, vassallus, originarius, emphyteuta, aut Tutor, pupillus, nec ne; ex qua fluit, quod aliqua potest esse confessoria, vel negatoria. Haec, sive praetoria vocatur, quam Praetor ex sua jurisdictione introduxit, uti est actio de jure patronatus L. final. D. si ingen. ess. dic.; de partu agnoscendo, seu familiae, vel matrimonialis, quae ultima tendit, vel ad matrimonium consumandum, vel ad cohabitandum, vel ad dissolvendum. Cit. L.* (1).

Il Boemero, il quale su questa materia portò vedute più estese, si espresse nel seguente modo.

Distinse prima di tutto le azioni che nascono strettamente dallo stato, e quelle che possono competere *occasione status*. E poi marcò che i varii stati degli uomini o erano *primarii, qui et civiles vocantur . . . libertatis, civitatis, familiae :* o erano altri *extra hos status primarios . . . quoad sexum, humanitatem, aetatem, dignitatem ec. ec.* (2); sopra i quali stati disse che spesso poteano sorgere quistioni incidentali nei giudizii. E ritornando poi ai tre stati primarii di libertà, di cittadinanza e di famiglia, li presentò sotto questi aspetti.

Allo stato civile *libertatis* riferì tutte le così dette cause liberali, che confessò di essere ai tempi suoi ben rare, come già lo sono, per non ritrovarsi presso di noi lo stato di servitù, al senso che era conosciuto dal diritto romano. A queste cause liberali però venne ad assomigliare per sentimento del Berger, tutte quelle che riguardano lo stato Ecclesiastico, e lo stato Monacale, riguardata in tali stati la soggezione e la dipendenza, che in essi campeggia: *Similiter hanc actionem applicat Dn. Berger ad statum Ecclesiasticum, si de subjectione Ecclesiastica sermo incidat, cum etiam ab illa praejudiciali quaestione infinitae aliae dependeant. Ex eodem fundamento Dn. Berger pro statu Monachali quoque vindicando datactionem tam adfirma-*

(1) Strich. tom. XI disput. 16 Cap I.
(2) Boehmer. de act. Sect. II Cap. 1 § n. 5.

tivam, quam negativam. Più: l'azione pregiudiziale *inter dominum et vassallum*. E l' interdetto *de libero homine exhibendo*.

Allo stato di cittadinanza riportò la doppia azione affermativa e negativa: *adfirmativa, per quam quis statum civitatis certae, vel indigenatus sibi asserit: vel negativa, qua ille, qui se pro cive vel indigena gerit, et in hujus juris possessione est, cujus esse negatur, habetque haec vel illa locum, prout reus, vel in possessione juris civitatis, aut indigenatus est, vel non est*. Parlò di coloro che si trovano esiliati: *ex delicto, quando quis in exilium dejectus etc*. (1).

Finalmente sul conto dello stato di famiglia più azioni pose in ordine, delle quali alcune col carattere di vere azioni di stato, altre come azioni competenti *occasione status*. Queste sono:

1. L'azione che riguarda *statum filiationis inter patrem et filium, vel quod illa in totum in dubium vocetur, vel quod de patria potestate tantum controversia moveatur*.

2. L' azione pregiudiziale *de agnoscendo partu*, la quale mentre da lui si riconosce simile all' azione *de filiatione*, pure si fa differire sotto il seguente rapporto: *Sed in eo haec a priore differt, quod altera sit inter patrem et filium, altera vero inter patrem et matrem ipsius partus. Neque tantum inter parentes legitimos haec actio moveri potest, sed etiam, id quod hodie frequentius fit, inter illegitimos, veluti si stuprata contra stupratorem agit ad partum agnoscendum. Quod si concubitum adfirmat, sed se patrem ex aliis causis negat, interim ad alimenta tenetur. L.* 5 § 9 *D. de agnos lib. Fundat itaque se actrix in eo, quod ex reo susceperit partum. Hoc intuitu petit ut partum agnoscat, et alat*.

3. Per conseguenza di questa seconda azione, l' altra azione alimentaria, nascente *ex aequitate et charitate sanguinis*.

4. L'interdetto *de liberis exhibendis, si forte a matre post divortium, vel separationem quoad thorum et mensam, vel ab avo detineatur. L.* 1 § 3 *D. de liber. exhib*.

5. *Actio praejudicialis inter coniuges de statu coniu-*

(1) Boehm. Sect. II Cap. I § XXI in not.

gali, al che riferisce il giudizio di separazione, *quoad thorum et mensam*, in caso di sevizie, e maltrattamenti.

6. L'azione *ad matrimonium annullandum*.

7. *Propter potestatem dominicam*, *vel patriam* l'azione *de servo corrupto*, e l'utile azione *contra corruptorem filii* (1).

Finalmente il Domat, dopo aver annunciato il triplice stato civile del diritto romano *libertatis, civitatis, familiae;* e dopo aver avvertito sul conto del primo di essi, che: *licet in maxima Europae parte servi non sint, juvat tamen status hujus naturae cognoscere :* viene a classificare li stati delle persone secondo il diritto francese e li distingue.

1. *Inter nobiles atque ignobiles. Nobilitas iis qui ad hanc classem spectant, varia tribuit privilegia exemptionesque, et capacitatem ad quaedam munera, a quibus ignobiles excluduntur.*

2. *Distinguuntur etiam in Gallia civitatum incolae, qui nonnullis fruuntur juribus exemptionibus, ac privilegiis juri civitatis annexis, cum adjuncta capacitate muneribus fungendi. Et homines ruris, locorumque obscurorum, qui hujusmodi privilegiis, atque exemptionibus minime gaudent.*

3. *Ex consuetudine in Galliarum regno distinguuntur liberi homines, ab iis, qui servi vel servilis conditionis sunt, quatenus supradictis consuetudinibus hi ultimi obligantur ad quasdam personales servitutes, quae spectant matrimonia, testamentum, successiones.*

4. Si incarica dei vassalli, e degli enfiteuti, ma soggiugne: *Qualitates vassalli, et emphyteutae non sunt propriae qualitates personales, sed vel ex domicilio, vel ex natura bonorum, quae possidentur, emanant.*

5. Marca i regnicoli, e gli estranei: *Regniculos approbant Galli qui Regis nati sunt subditi : extraneos autem qui subditi sunt alterius Principis. Atque extranei qui litteris Regiis non fuerant naturalizzati, incapaces fiunt in iis omnibus, quae ordinationes, et Gallicanae consuetudines moderantur.*

9. *Religiosi, qui professiones non emiserant, sunt in alia specie civilis mortis voluntariae, in quam incidunt*

(1) Boehmer. dict. Sect. 11 Cap. 1 § 21 a 51.

votorum causa. Vota enim eos incapaces reddunt matrimonii, ac cujuscumque proprietatis temporalium bonorum, neque ac obligationum, quae exinde oriuntur.

7. *Ecclesiastici ii sunt, qui ad cultus divini ministerium destinantur . . . . Atque ex hoc statu, quo a laicis Ecclesiastici distinguuntur, oritur matrimonii incapacitas in iis, qui ordinibus sacris sunt addicti: aliae etiam incapacitates oriuntur, quoad commercium, quod Ecclesiasticis vetitum est. At eodem tempore Ecclesiastici, eo ipso quod Ecclesiastici sunt, privilegiis, atque exemptionibus gaudent, quos Canones, Constitutiones et Consuetudo illis concepere.*

8. Finalmente sul conto dello stato personale annovera le Comunità ecclesiastiche, e laiche: *quae simul Principis auctoritate collectae corpus constituunt . . . Haec porro corpora, et Communitates, cujusmodi sunt capitula, universitates, monasteria, aliaeque domus religiosae, corpora civitatum, artium, et similia, eo fine constituta sunt, ut societates utiles efforment, vel Religioni, vel Politicae, et personarum vice funguntur, quae si propria habent bona, jura ac privilegia ec.* (1).

Ognun vede, che questo ultimo insigne Scrittore nelle dotte sue distinzioni ha in oggetto principalmente lo stato di cittadinanza; ma non guardato a rigore nei puri e stretti termini di *jus civitatis*. Egli prende la cosa in senso più esteso, e va a quella classificazione di secondo ordine, che già prima dai Dottori era stata avvertita. Parlasi da lui di onorificenza, di condizioni di uomini nella società, e di altre qualità, che mentre fanno distinguere le persone, portano una variazione, ed una modifica al loro stato civile. Le azioni dunque che tendono a sostenere coteste cose, riescono *azioni utili-secondarie occasione status.*

Queste sono le teorie, che secondo il gius civile romano, e secondo le scuole dei classici Dottori regolavano la materia pria che venissero ad imperare le attuali nostre leggi civili. Ora con la guida di coteste teorie si può ora facilmente discendere a tracciare le azioni tutte pregiudiziali, sia di primo, sia di secondo ordine, che si trovano uniformi ai principii delle attuali nostre leggi civili.

(1) Domat lib. preliminar. tit. II Sect. III n. 15.

SEZIONE TERZA.

DELLE VARIE SPECIE DELLE AZIONI DI STATO SECONDO LE ATTUALI LEGGI CIVILI.

Per le nostre attuali leggi civili le quistioni di stato vanno già ridotte a due, cioè a quelle che riguardano lo stato della cittadinanza, e a quelle che riguardano lo stato della famiglia; mentre lo stato della libertà disparve da gran tempo, essendo mancato il controposto nello stato di servitù. Nè oggi conosciamo noi le azioni di stato di secondo ordine sul conto della libertà, perchè non abbiamo *i rustici, i coloni, gli ascrittizii, e gli originarii*, menzionati dall' Oldendorpio, e da Samuele Strichio. Ed è svanita anche presso di noi la idea dei *vassalli* con i dritti personali, che sopra di essi esercitavano i Baroni, dopo la pubblicazione della legge eversiva della feudalità.

Noi dunque abbiamo due soli stati, cioè quello della cittadinanza, e quello della famiglia; e secondo le attuali nostre leggi civili possiamo ravvisare in questi due stati le azioni di primo ordine, che competono, e quelle di secondo ordine, giusta l'insegnamento dei dottori di sopra rapportati. Andiamo a vederlo; cominciando prima dalle strette azioni di stato, che sono di primo ordine sul conto della cittadinanza.

1. Viene qui in oggetto in primo luogo la dichiarazione della nazionalità, per l'esercizio dei diritti civili, e politici, di che si tratta nelle leggi civili dall' art. 9 a 35. Allorchè cotesta nazionalità è contrastata, o è pretesa, può essa sostenersi in giudizio con l'azione di stato di cittadinanza: e rimanendo legalmente dichiarata, conduce a quegli effetti che dalla legge sono indicati. Al nazionale certamente appartiene l'esercizio dei diritti civili, e politici (1): o che egli sia tale per ragion di nascita, o che tale divenga per i modi espressi negli articoli 11, 13, 14, 21, leggi civili. Gli stranieri hanno nel regno l'esercizio di quei diritti civili, che la nazione cui essi appartengono accorda ai nazionali, salve le eccezioni nascenti da transazioni diplomatiche: ed oltre a ciò esercitano anche i diritti civili, quando il governo gli

(1) Art. 9 Leggi Civili.

abbia ammessi a stabilire il loro domicilio nel regno (1). Per assodare dunque tali diritti, che possono competere agli stranieri, non altra azione si presenta, se non che quella di stato di cittadinanza. Gli stranieri altronde con la stessa azione possono esser esclusi dal godimento dei beneficii ecclesiastici, e dal poter fare da testimonii nei testamenti (2). Più: essi non possono istituire giudizii nel regno, senza dar prima cauzione pel pagamento delle spese, e dei danni ed interessi, forse risultanti dalla lite, ai termini dell' articolo 17 leggi civili (3).

(1) Art. 9 n. 1 2 Leg. Civ.
(2) Art. 19 906 Leg. Civ.
(3) Questo vale sicuramente nei giudizi civili. *Quid* nelle cause penali? La nostra Corte Suprema di giustizia sedente in Napoli ha deciso per la negativa con arresto del dì 30 settembre 1831, nella causa fra D. Luigi Mira regnicolo, e D. Angiola Romagnoli di Cesena. Con questo arresto si è rigettato il ricorso prodotto dal Mira avverso la sentenza del Regio Giudice quartiere Avvocata, con la quale erasi rigettata l'eccezione da lui dedotta di doversi dar cauzione dall' estera signora Romagnoli. Ecco il tenore dell'arresto.

» Attesochè sul primo, e quarto mezzo, riguardo alla persona della » signora Romagnoli, come straniera, la necessità di doversi dar cauzio- » ne dallo straniero in un giudizio penale, per potersi costituir parte ci- » vile, ed ottenere i danni ed interessi accagionati con un reato, si vuol » ricavare unicamente dalla disposizione dell'Articolo 17 Leggi Civili.

» Attesochè le Leggi Civili risguardano le materie civili; ed il rito » relativo all'esercizio dei diritti civili, nascenti dalle materie civili, è re- » gistrato nelle Leggi di procedura civile.

» Attesochè le Leggi penali risguardano le materie penali, ed il rito » relativo all'esercizio de'diritti nascenti dalle materie penali è registrato » nelle Leggi di procedura penale.

» Attesochè le Leggi civili e della procedura civile son differenti » tanto dalle Leggi penali, e dalla procedura penale, quanto differentis- » sime sono le materie civili dalle penali.

» Attesochè le Leggi penali e quelle di procedura penale non rego- » lano l'esercizio dei diritti in materia civile; così le Leggi civili e quelle » di procedura civile non possono regolare l'esercizio dei diritti in ma- » teria penale.

» Attesochè se le Leggi civili e della procedura civile dirigono ta- » lora, ed impongono l'applicazione delle Leggi penali e della procedura » penale, e se queste leggi talora prescrivono l'applicazione delle Leggi » civili, siccome questo reciproco armonioso soccorso si osserva in pochi » determinati casi, così la particolarità delle eccezioni conferma la gene- » ralità della regola.

» Attesochè non vale a diroccar questo principio regolatore della » interpetrazione delle Leggi, il veder i collocato l' artic. 17 delle Leggi » civili sotto un titolo generale relativo al godimento dei diritti civili, » poichè tutte le parole contenute in quell'articolo, o ponderate in se » stesso, o cumulativamente cogli articoli antecedenti, e susseguenti, non » sono referibili, che a materie civili.

2. Con l' azione di stato di cittadinanza si ottiene ancora, e si sostiene, quando occorre, la dichiarazione della legittima esistenza dei corpi morali, onde siano essi a parte del godimento dei diritti civili. *Le chiese, i comuni, le corporazioni, e tutte le società autorizzate dal Governo si considerano moralmente come altrettante persone.* Godo-

» Attesochè a sostenere l'assunto contrario nemmen giova il dirsi che
» sebbene ogni reato produca due azioni, una essenzialmente penale ed
» esclusivamente appartenente al P. M. in linea penale, l'altra civile ap-
» partenente al danneggiato, ed esercibile, o nella stessa via penale, o in
» via civile, dopo esaurito il giudizio penale, nondimeno l' azione civile
» non lascia mai esser tale in qualunque linea si eserciti, e perciò non
» cessando mai l'azion civile, si trova letteralmente compresa come ma-
» teria civile sotto la disposizione dell'art. 17 delle Leggi civili. Contra
» questo specioso argomento è da osservarsi che il rito, col quale si eser-
» cita l'azion civile, è ben diverso dal rito, col quale si esercita la stessa
» azion civile nel giudizio penale. Nel primo caso giustamente la legge
» richiede la cauzione dallo straniero, il quale, col carattere di parte ci-
» vile, volesse chiedere in via civile i danni ed interessi: Non prescrisse
» però lo stesso, e con ragione, nel caso di sperimentarsi l' azion civile
» in via penale. Le nostre leggi di procedura penale, dopo avere nei
» primi cinque articoli fissate le due azioni nascenti dal reato, nell'arti-
» colo 136 espressamente prescrivono, che i giudizi penali debbonsi trat-
» tare secondo le dette Leggi, e con le forme in esse stabilite. Tale
» espressione letterale importa, che volendo un danneggiato esercitare,
» col carattere di parte civile, l'azion civile nel giudizio penale, quest'a-
» zione dee esercitarsi nel modo stabilito nelle leggi di procedura penale.
» Ma per gli articoli 33 e 35 di tali leggi ogni offeso può querelare, ed
» ogni querelante può costituirsi parte civile, senza dar cauzione: Dun-
» que lo stesso dee praticarsi per lo straniero, che voglia costituirsi parte
» civile in giudizio penale, e sperimentar quivi l'azion civile pei danni
» ed interessi.

» Attesochè molto meno è attendibile la osservazione, che se nelle
» materie civili, riguardanti interessi civili, lo straniero non è ammesso
» ad istituire azione civile senza cauzione, per maggior ragione dovrebbe
» lo straniero esser sottoposto a cauzione, ove voglia sperimentare l' a-
» zione civile in un giudizio penale, dove trattasi di danni più gravi, di
» libertà, di vita: Poichè nei giudizi penali l'azione penale è promossa,
» proseguita, e finalizzata dal P. M., e se in tali giudizi correzionali la
» iniziatura si somministra dal danneggiato, sempre il M. P. ne regola
» il corso, e la parte civile non vi è considerata, che come parte ag-
» giunta.

» Attesochè dello stesso calibro si è l' argomento tratto dalla regola
» di reciprocanza, inculcata nell' art. 9 n. 1 delle leggi civili, e non è
» richiamato in vigore in alcun articolo delle leggi penali, perchè si do-
» vrebbe dar luogo allo sconcio scandaloso di adottarsi anche l' accusa,
» e le pene straniere; perchè infine lo stesso nostro Magnanimo Legisla-
» tore, dirigendo la legge sull'albinaggio, nell'art. 647 Leggi civili, volle
» seguir piuttosto le regole di giustizia, che quelle della politica.

» Per tali considerazioni.

» Rigetta il ricorso.

no dell'esercizio dei diritti civili secondo le leggi veglianti (1). Ogni associazione che si organizza per qualche oggetto sotto certe leggi: ogni stabilimento pubblico o privato che riceve autorizzazione dal Governo, diviene un corpo morale cioè una *persona mistica*, al dir del Bojerio (2); la quale si rende capace dell'esercizio dei diritti civili, a seconda delle leggi fondamentali della sua instituzione. Ma questa *persona mistica*, che ha parte attiva e passiva nella società, dee legalmente esistere; e quindi in caso di contradizione ogni azion che si deduce, o per sostenerla, o per abbatterla, riesce per le nostre leggi civili mera azione di stato *civitatis*, perchè o aggiugne, o toglie dalla città una persona.

3. Con questa azione di stato si animano egualmente le azioni con le quali o si sostengono, o si combattono in giudizio gli atti tutti dello stato civile per la loro legalità, e per la loro fermezza; come anche le azioni che riguardano tutti i giudizii di rettificazione degli atti dello stato civile, di che parlasi nelle LL. CC. articolo 104, e seguenti. Lo stato civile degli uomini diverso dallo stato naturale, si divide in pubblico e privato, e sotto questo doppio rapporto viene esso a costituire il cittadino, capace dell'esercizio dei diritti civili e politici. La legge addita tre stati, nascita, matrimonio, morte (3); e col mezzo di essi si diviene cittadino, o si cessa di esserlo. Ora vi può esser luogo a sostenere in giudizio, o a combattere la legalità e la fermezza di tali stati, spiegandosi azione *negatoria, o confessoria*, al dir di Boemero, che assomiglia tutte le azioni di stato a quelle che competono nelle servitù. Più: se nello stabilire cotesti stati si erri, e siavi luogo a chiederne in giudizio la rettificazione, l'azione che si spiega così nel primo, che nel secondo caso, risulta certamente azione di stato, mentre tende o a confermare, o a distruggere lo stato civile delle persone.

4. La dichiarazione, e gli effetti dell'assenza anche si animano in giudizio con l'azione di stato. Le nostre leggi civili sul conto dell'assenza riempiono un vuoto, che prima vi era nella giurisprudenza, e tolta ogni incertezza impediscono che vi sia più arbitrio nel giudicare. L'assenza di un

(1) Art. 10 LL. Civ.
(2) Bojer. de Colleg. Opif. Cap. 13.
(3) LL. Civ. Cap. 2 3 4 tit. 2 sez. 12 lib. 1.

cittadino si avea prima per uno degli avvenimenti straordinarii, e le leggi appena s'interessavano di provvedervi. Ora la materia è trattata partitamente, ed abbraccia tre oggetti: 1. la presunzione dell'assenza: 2. la dichiarazione: 3. gli effetti di essa (1). Il principio, che da per tutto campeggia si è, che l'assente è considerato nè vivo nè morto. Egli dunque in questo stato interrompe sul suo conto l' esercizio dei diritti civili e politici: e queste cose non possono venire in oggetto, che nell'azione di stato di cittadinanza. Dichiarata poi l'assenza, restano perfettamente sospesi cotesti diritti, e la persona assente non si conta più fra i cittadini, perde il possesso dei beni, e non ha persona a rappresentare in giudizio (2). La legge provvede ai beni che l'assente possedea al tempo del suo allontanamento, ed ai diritti eventuali che possono sopravvenirgli (3). Ma sempre tiene in principio, che egli non sia più fra i cittadini, e che non abbia persona nella società. La quistione adunque diretta a conoscere, se un cittadino sia assente sotto gl'indicati rapporti, nel senso della legge, che ora dell'assenza parla, ed in tanti modi vi provvede, è una quistione di stato; e l' azione quindi che l'accompagna in giudizio, risulta azione di stato *civitatis*.

5. Eziandio con l'azione di stato *civitatis*, si regolano i giudizii, che portano a far dichiarare la privazione dei diritti civili in tutto, o in parte, per la perdita della qualità di nazionale, o in conseguenza di condanne giudiziali (4). In quanto alla perdita della qualità di nazionale, quattro sono i fatti, dai quali la legge fa nascere la prova dell' abdicazione della patria, cioè 1. la naturalizzazione in paese straniero: 2. l'accettazione non autorizzata dal governo di pubblici impieghi conferiti da un governo straniero: 3. qualunque stabilimento, tranne quelli soltanto di commercio eretto in paese straniero, con animo di non più ritornare: 4. il servizio militare, o l'aggregazione a corporazion militare di potenza estera, senza autorizzazione del proprio governo. Ogni qualvolta adunque sotto cotesti rapporti si esamina in giudizio la condotta di un nazionale, per farlo di-

(1) Art. 117 a 144 LL. Civ.
(2) Art. 140 LL. Civ.
(3) Art. 142 e seg. LL. Civ.
(4) Art. 20 e seg. 26 e seg. LL. Civ.

chiarar decaduto da questa sua qualità, viene ad animarsi una mera azion di stato.

In quanto poi alle condanne giudiziali, la legge pei delitti correzionali dichiara, che non mai s'incorre *ipso jure*, nella perdita dei diritti civili, ma che si richiegga una espressa pronunciazione del giudice (1). Per i misfatti poi sovente la legge fa nascere la perdita dei diritti civili dal solo fatto criminoso, dichiarato dal giudice (2). E non manca la legge stessa dal promuovere una riabilitazione dei condannati, nei casi che si espongono nell'art. 623 e seguenti della procedura penale. Ora allorchè su queste cose poste in dubbio venga a nascere una contestazione, l'azione che è in campo, o a sostenere, o a contrastare, così la perdita dei diritti civili, come la riabilitazione in essi, riesce certamente pura, e stretta azione di stato.

Fin qui le azioni, che riguardano lo stato di cittadinanza che sarebbero di primo ordine, all'avviso dei Dottori di sopra rapportati. Ma noi abbiamo ancora queste azioni di stato di secondo ordine, le quali cioè prendono occasione dalle vere cause di stato, e vi hanno un' intimo rapporto. Tali azioni possono ridursi ai seguenti oggetti.

1. Alla tutela, in quanto alla nomina del tutore, alle cause che dispensano dalla tutela, ed alle cause di esclusione, o rimozione dei tutori (3). La tutela è definita *munus publicum* (4): e questo pubblico impiego, se si considera in faccia al tutore, suppone un cittadino (5), che come tale è obbligato ad esercitarlo, se si considera in faccia al minore, si vede, che a costui anche come cittadino compete il diritto, di obbligare il suo concittadino, a difenderlo e dargli ajuto. Tutto dunque ha rapporto ai diritti di cittadinanza. Il tutore, mentre ha un peso personale (6), esercita anche dei diritti sulla persona del minore, potendo fin reclamare la sua reclusione (7): e questi diritti non ad altri, che ad un

(1) Art. 27 28 LL. penali.
(2) Art. 16 17 18 LL. penali.
(3) Art. 326 e seguenti LL. Civ.
Art. 349 e seguenti LL. Civ.
Art. 364 e seguenti LL. Civ.
(4) Prin. Inst. de excus. tutor.
(5) Art. 319 352 354 LL. Civ.
(6) Art. 341 LL. CC.
(7) Art. 391 LL. CC.

cittadino tutore sono accordati. Il tutore poi non può avere esenzione, che per giuste cause (1); mentre i pesi pubblici si debbono tollerare, e non possono schivarsi dai cittadini. E quando egli mal versa, e non adempie ai suoi doveri, può esser rimosso dalla tutela (2). Ogni giudizio dunque che si anima, sia sulla costituzion del tutore, sia sulla sua condotta, e sulla rimozione di esso, non con altra azione viene animato, se non con quella che ha rapporto allo stato di cittadinanza. E se ha motivi legittimi un cittadino, per esentarsi dal peso della tutela, anche dee produrli e sperimentarli con l'azione di stato *civitatis*. Ved. l'articolo 364 LL. Civ.

2. In secondo luogo si presenta il giudizio sulla interdizione per causa di imbecillità, di demenza, o di furore. L'uomo che ha la sventura di vedersi ridotto ad un tale stato, resta interdetto dall'amministrazione dei suoi beni, e paragonato al minore, per ciò che riguarda i suoi beni, e la sua persona (3). Gli atti fatti posteriormente alla interdizione già dichiarata, senza l'assistenza del consulente giudiziario, sono essenzialmente nulli. E gli atti anteriori possono essere annullati, quando la causa della interdizione fosse stata allora già notoria (4). Per tutte queste cause adunque di annullamento di atti, e per far dichiarare la interdizione, si agisce con azione che ha rapporto allo stato della persona nella società; mentre questa degrada, e resta priva del libero ed assoluto esercizio dei suoi diritti civili. A buon conto l'azione riesce azione di stato di secondo ordine.

3. In terzo luogo viene la dichiarazione o il cangiamento del domicilio (5). Egli è vero che il domicilio serve ad assicurare il foro ed a regolare la giurisdizione, ma esso ha ancora un'altro oggetto, che è riposto nella capacità a ricevere, ed esercitare pubblici impieghi. Lo han dimostrato i dotti uomini, che si citano dall'Illigero presso il Donello; anzi secondo il parere di costoro, precede l'oggetto che riguarda l'esercizio delle cariche pubbliche. *Verum hujus (domicilii) effectus in munerum civilium delatione, ac injun-*

(1) Art. 349 e seg. LL. CC.
(2) Art. 367 LL. CC.
(3) Art. 412 432 LL. Civ.
(4) Art. 425 426.
(5) Art. 107 seg. LL. Civ.

ctione, non in foro sortiendo, vel jurisdictione subeunda (1). E lo stesso è spiegato nell'art. 107 LL. Civ. La dichiarazione dunque del domicilio, o il suo cangiamento, può menare a conseguenza di capacità o di incapacità dei pubblici impieghi; lo che certamente ha rapporto allo stato civile delle persone. E quindi l'azione che in questi casi ha luogo, riesce azione di stato. Ella però non è azion di stato primaria, ma di secondo ordine, perchè non fissa veramente lo stato civile delle persone, ma sorge ad occasion dello stato, col quale ha un intimo rapporto. La vera quistione di stato è quella, che si riferisce alla nazionalità, come abbiam veduto di sopra. Per dritto romano l'azion pregiudiziale *status civitatis* riguardava *cives romanos*, cioè quelli che erano *in orbe romano* (2). A cotesti cittadini corrispondono ora i nazionali, espressi nelle leggi civili. Il cittadino al senso di queste leggi, è fra i nazionali colui che stabilisce il suo domicilio in un luogo del regno, dove si rende capace dell'esercizio dei diritti civili (3). E le voci di domicilio, e di cittadino sotto questi rapporti si fanno corrispondere anche nell'art. 111, ed in altri luoghi. Dunque sta, che l'azione tendente alla dichiarazione, o al cangiamento del domicilio, sia azione di stato di secondo ordine.

4. Sieguono le dichiarazioni giudiziali che possono aver luogo sulla minore età, in ordine alla capacità di contrattare, di stare in giudizio, e di esercitare pubbliche cariche. Il giureconsulto Marcello nella L. 43 D. de minor. elevò in massima, che le cause con le quali si fa la prova della età sono pregiudiziali: *et aliis causis praejudicatur*; nel che viene già indicata la principale caratteristica delle cause di stato. Del resto è ben chiaro che i minori presentano nella società uno stato non perfetto, per l'esercizio dei diritti civili; che in alcune cose li degrada, e per altre accorda loro dei privilegii. Se è minore di anni 9 egli non porta imputabilità nei delitti; e fino alla età di anni 14 vi è soggetto soltanto, quando abbia agito con discernimento; finalmente prima degli anni 18 non è soggetto alla pena di morte, tranne il solo caso del parricidio, commesso dopo

(1) Hillig. ad Donel. lib. 17 cap. 12 n. 3.

(2) L. de orbe D. de stat. hom. § ult. inst. de libert. in fin. Ved. Boehmer. Sect. II cap. 1 § 21.

(3) Art. 107 LL. Civ.

l'anno sedicesimo (1). I minori poi degli anni 21 sono rappresentati in tutti gli atti civili dai loro tutori (2): e non entrano nel libero esercizio di cotesti diritti, che al tempo quando diventano maggiori degli anni 25 compiuti (3). Pel matrimonio, e per gli atti indicati nell' art. 295, sono soggetti alla patria potestà (4). E soltanto quando il minore sia stato emancipato ha la libera amministrazione dei suoi beni (5); ma non può senza l' assistenza del curatore eseguire gli atti, che sono tassativamente indicati nell' art. 406, e seguenti LL. Civ. Il minore di anni 12, se è donna, e di anni 15, se è uomo, non può contrarre matrimonio (6). I minori di anni 14 non possono prestar giuramento (7); e cose simili. Allorchè dunque sotto questi rapporti si contende in giudizio, o per la nullità degli atti dei minori, o a pro loro per i privilegii che hanno, l'azione che campeggia è certamente azione relativa allo stato di cittadinanza, che tante modifiche, e tante eccezioni ritrova nelle persone dei minori.

5. Per le nostre attuali leggi civili art. 639 è stabilito, che: *la successione per condanna portante la privazione dei diritti civili, è aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione 11 del capitolo 11 della privazione dei diritti civili. Lib. 1 titolo* 1. Noi abbiamo già osservato di sopra, che le azioni le quali si animano per fare dichiarare la privazione dei diritti civili, in conseguenza di condanne giudiziali, ai termini degli art. 26 e seguenti LL. Civ., sono mere azioni di stato. Ora nel caso che ai termini di questo articolo 639, si apra già la successione di colui, che meritò la condanna, portante la privazione di tali diritti, nascer può la disputa, se vi sia, o pur no un diritto a raccoglierla a favor di coloro, che per legge vi sono chiamati. È detto che una simil condanna, fatta in contumacia, non diviene irrevocabile, che allo spirare dei cinque anni, dal giorno in cui fu pubbli-

(1) Art. 64 LL. penal. art. 66 dette leggi.
(2) Art. 373 LL. Civ.
(3) Art. 411 LL. Civ.
(4) Art. 163 295 LL. Civ.
(5) Art. 404 dette LL.
(6) Art. 152 dette LL.
(7) Art. 247 proced. pen.

cata (1); e quindi in tale epoca solamente la successione al condannato può intendersi aperta. Pria di tal termine il condannato non resta privato, ma soltanto sospeso dall'esercizio dei diritti civili: egli in questo stato conserva i suoi beni, ma non ne gode; concorre alle successioni che si aprono in suo favore, ma non può farne sperimento, essendo egli nell'atto paragonato agli assenti; e cose simili. Ora tutte le contestazioni, che su questi varii oggetti possono elevarsi in giudizio, non da altre azioni vengono sostenute, che da quelle, che han rapporto allo stato civile della persona condannata.

Noi non siamo qui a mera, e pura azion di stato, come nel caso quando il giudizio si fa col condannato: ma siamo ad un giudizio, che può aver luogo sul conto dei suoi successibili. Nel primo caso vi è vera quistione di stato, perchè si ha in oggetto la persona del condannato, che si pretende decaduto dai diritti civili; e quindi non più cittadino. Nel secondo la quistione ha rapporto allo stato, perchè riguarda i successibili del condannato, i quali prendendo occasione dal suo stato civile al tempo della sua morte naturale, danno con ciò fondamento alla loro azione.

6. Anche le azioni che tendono a far ricusare i giudici (2) sono azioni di stato di secondo ordine, intendendosi per lo stato di cittadinanza. Certamente quest'azione non è reale, non è nè anche personale, perchè non attacca la persona per obblighi personali, ma attacca l'ufizio che dalla persona si esercita, e tende a smontare momentaneamente, e per la specie un giudice dalla sede che occupa. A buon conto il giudice con questa azione è degradato, e viene impedito per lo momento ad esercitare i diritti annessi alla sua carica. Essa dunque ha rapporto allo stato civile per l'esercizio dei diritti politici; e quindi in ragion subordinata, e dipendente è una azione di stato *civitatis*.

7. Nell'art. 948 LL. Civ. si fa menzione, ad occasion dei majoraschi, di individui iscritti *nel libro d'oro*, ed in altri registri di nobiltà, come anche di coloro che sono nel possesso di titoli per legittima concessione loro fattane. Allorchè dunque, o per ragione dei majoraschi, o per altre cause, di cotesti gradi di nobiltà e di cotesti titoli si con-

(1) Art. 30 32.
(2) Ved art. 470 e seguenti proced. Civ.

tenda, e ne sorga una contestazione, questa certamente viene animata con azione di stato *civitatis*, non di primo ordine, perchè non definisce il cittadino, ma di secondo ordine, perchè supponendolo tale, lo qualifica, e lo fa distinguere dagli altri nella città. *Nobilitas nihil aliud est, quam excellentia generis a dignitate majorum ad posteros propagata :* Ulrico Ubero (1), il quale spiegando più questa materia soggiugne. *Novi homines qui meritis virtutum, aut favore Principum ad majorem dignitatem evehuntur, jure quidem nobilitatis gaudere possunt, non sunt tamen proprie nobiles, quos dicimus: posteros eorum maxime nobiles salutamus. Originaria causa nobilitatis est potestas, et voluntas summae potestatis, quae in Monarchiis diplomatibus Principum exercetur.* Di questa nobiltà originaria intende parlare il Perezio allorchè dice: *Tanta est autem vis nobilitatis, ut cum homine non intereat, sed quaesita a majoribus in posteros etiam transmittatur; non vero abeat in transversales, vel consanguineos, non ex materno genere, non ex illegitimo thoro natos: nisi rescripto Principis inventur, aut moribus regionum. DD. in L.* 219 *D. de verb. signif. Mastril. lib.* 4 *de magistr. Cap.* 10 *n.* 14, *ubi dicit, nobilitatem transmitti ad transversales, et extraneos heredes, si concessio sit realis, cohaerens loco* (2).

A buon conto in tutte le cause che possono agitarsi sul conto della nobiltà, sia per sostenerla, sia per contrastarla, o come non conveniente, o come estinta, le azioni di loro natura sono azioni *causa status civitatis*. Certamente sotto questo aspetto di azione di stato, trattò la causa il Senato di Savoia presso il Fabro: *An sententia de nobilitate lata ab uno magistratu pariat exceptionem rei judicatae coram alio magistratu, et contra tertium* (3).

8. La condizione di Ecclesiastico, o di Monaco anche qualifica le persone nella società, e le fa distinguere fra i concittadini. E quindi ogni azione, che a sostenere, o a combattere questa qualità sia diretta per gli effetti civili e politici, riesce azione di stato di cittadinanza di secondo ordine. La qualità di Ecclesiastico costituisce un' impedi-

(1) Huber. ad Pandect. de Stat. hom. n. 8.
(2) Perez. ad Cod. de dignit. n. 29.
(3) Fabr. ad Cod. de re judic. defin. VII.

mento dirimente al matrimonio (1); e rende la persona incapace a trar profitto dalle disposizioni tra vivi o per testamento fatte in suo favore da chi, durante il tempo della malattia, è stato da essa assistito con la qualità di Ecclesiastico (2). I monaci professi dopo la emissione dei loro voti, sono incapaci a succedere, sia per testamento, sia *ab intestato*. *Ex hoc etiam statu plura diversa jura, tam inter vivos, quam mortis causa dependent*. Il Boemero (3).

9. I pubblici funzionarii hanno dei privilegii e delle obbligazioni annesse alla loro carica, che danno anche loro una qualità per ragion dell' ufizio, che li distingue fra i concittadini. Vi è la esenzione dalla tutela accordata alle persone indicate negli art. 349 e 364 LL. Civ. E vi sono altri loro privilegii negli art. 549 e 555 proced. penal.

10. La condizione della donna maritata porta con essa un cangiamento di stato, passando sotto la dipendenza del marito (4). Essa diviene incapace a fare, senza l'autorizzazione del suo marito, la più parte degli atti civili: *capite minuitur*, come dice un'ottimo Scrittore. E la sua incapacità è pronunziata in parecchi luoghi delle leggi civili (5).

11. La professione di alcune scienze, e di alcune arti anche fa distinguere fra i concittadini le persone, che vi sono addette, per l' esercizio attivo, e passivo dei diritti civili. L' avvocato è inabilitato a profittare di quella disposizione tra'vivi, o testamentaria, che sia stata da lui stesso diretta. I medici, ed i chirurgi sono proibiti a trar profitto dalle disposizioni tra' vivi, o testamentarie fatte a loro favore da una persona che essi abbian curata nel corso della malattia, della quale sia morta. Lo stesso per gli uffiziali di Sanità, e per gli speziali (6). Più: nei testamenti per atto pubblico non si ammettono per testimoni gli ajutanti dei Notari, dai quali i testamenti si ricevono (7).

12. Finalmente i militari in attività di servizio, per la loro condizione godono dei privilegii, e delle esenzioni, che

(1) Art. 162 LL. Civ.
(2) Art. 825 LL. Civ.
(3) Boehmer. Sect. 2 Cap. 1 § 13 in not.
(4) Art. 202 LL Civ.
(5) Art. 204 a 215 858 1368 1369 1389 1397 LL. Civ.
(6) Art. 825 e 901 LL. Civ.
(7) Art. 901 LL. Civ.

li fanno distinguere dai pagani. Sono dispensati dalla tutela (1), ed hanno una forma particolare di testamento (2).

Ora allorchè sullo stato di Ecclesiastico o di Monaco si contenda, o sulle condizioni, o sulle professioni suddette s'innalzi una contestazione in giudizio, l'azione con cui essa è animata, per le già additate ragioni, diviene una azion di stato *civitatis* di secondo ordine.

Fin qui delle azioni di stato sul conto della cittadinanza. In quanto poi allo stato di famiglia, queste azioni anche si presentano in doppio aspetto, tenendo dietro alle disposizioni delle nostre attuali leggi civili. Vi sono le azioni di primo, e quelle di secondo ordine. Sul conto delle prime si presentano:

1. Le azioni che riguardano i giudizi sulla paternità, e sulla filiazione, di che si tratta nell' art. 234 e seguenti, LL. Civ. Quì due quistioni sulla filiazione possono sorgere, al dir del Boemero: *vel quod illa in totum negetur*, *vel quod de patria potestate tantum controversia moveatur* (3). Ma la prima è vera quistion di stato di primo ordine; la seconda è azione che riguarda lo stato, e al dire di lui stesso sorge *occasione status*. Riguardata dunque la prima, essa è azione *negatoria*, o *confessoria*; affermativa, o negativa; e l'una e l'altra può stare, così dalla parte del padre, che dalla parte del figlio. Il figlio nato in costanza del matrimonio ha per padre il marito (4). Il padre però può impugnare la legittimità del figlio, ma in soli tre casi, dei quali due son fondati sulla sua impossibilità fisica; ed il terzo sulla sua impossibilità morale (5). Il figlio può reclamare, e provare la qualità di prole legittima, giusta gli articoli 190 e 191, non che gli articoli 241 e seguenti LL. civili; e può ricorrere anche al disposto nell' art. 190 delle dette leggi. In quanto alla maternità, il figlio ha il diritto a farne la indagine, riuscendo sempre certa la madre, quando dalla prova risulti che essa l'abbia partorito (6). Le cause adunque che si animano su questi oggetti, presentano un esercizio di azione di famiglia.

(1) Art. 350 LL. Civ.
(2) Art. 904 a 910 LL. Civ.
(3) Boehmer. sect. 2 cap. 1 § 22.
(4) Art. 134 LL Civ.
(5) Art. 234 a 236 LL. Civ.
(6) Art. 264 LL. Civ.

2. Le azioni che riguardano i giudizi sopra i figli naturali, per la loro legittimazione, o pel loro riconoscimento, ai termini di ciò che è disposto dall'art. 253 a 265 LL. civili. *I figli legittimati col seguente matrimonio avranno gli stessi diritti, come se fossero nati da questo matrimonio* (1). E ciò corrisponde a quello che è espressamente sanzionato dai sacri Canoni: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* (2). Ma le nostre leggi civili, art. 253 esigono una cosa di più, cioè l'autentico riconoscimento in questo caso fatto dai genitori, o prima, o nell'atto stesso della celebrazione del matrimonio. Fuori poi del susseguente matrimonio, i figli naturali possono essere semplicemente riconosciuti; ed allora, comechè essi non si uguaglino perfettamente ai figli legittimi (3), hanno però dei diritti che la legge particolarmente loro attribuisce. E si può dire che questo riconoscimento introduce una specie di legittimazione. Vi sono intanto delle regole stabilite, con le quali questa ricognizione fuori del susseguente matrimonio debba legalmente farsi. Ciò posto, tutte le azioni che competono, onde sostenere, o impugnare la ricognizione dei figli naturali fuori del susseguente matrimonio, come anche per attaccare la validità della legittimazioue fatta col susseguente matrimonio, riescono mere azioni di stato di famiglia.

3. In terzo luogo si offrono qui le cause che possono aver luogo circa le adozioni, di che parlasi nelle leggi civili art. 266, e seguenti. È conosciuto che l'adozione sia un modo da acquistare la patria potestà; onde Giustiniano ne parlò nelle Istituta dopo aver trattato delle nozze, e della legittimazione. *Non solum autem naturales liberi in potestate nostra sunt; verum etiam ii, quos adoptamus* (4). Nella adozione si imita la natura, innestandosi civilmente alla famiglia un rampollo, che la natura non ha dato. *Adoptio est actus civilis, naturam imitans, quo quis alterius filius fit, quasi ab eo genitus esset* (5). In quanto alle ragioni poi dell'adottato, è detto nelle nostre leggi civili, che

(1) Art. 255 LL. Civ.
(2) Cap. 6 extr. qui fil. sint legit.
(3) Art. 261 LL. Civ.
(4) Princ Inst. de adopt.
(5) Fenier Comment. ad Just. Inst. tit. 11.

egli *rimarrà nella famiglia dell'adottante, e vi conserverà tutti i suoi diritti* (1); dei quali diritti si da la spiega in seguito nelle stesse leggi (2). Ma l'adozione dee avere le sue forme, di che la legge anche si interessa art. 277 e seguenti. Dunque ogni qual volta della validità dell'atto di adozione si disputi in giudizio, o per sostenersi o per abbattersi; o pure ogni qual volta si richiamino in contestazione gli effetti di tal'atto, le azioni che vi si adattano, riescono azioni di stato di famiglia.

4. Subentra l'azione che ha la madre separata oggi di corpo, a far riconoscere dal padre i figli, onde educarli, ed alimentarli. Giustiniano pose per terza specie delle azioni pregiudiziali quella *de agnoscendo partu*. Sappiamo già che quest'azione si dava alla moglie, la quale dopo il ripudio, o dopo il divorzio si sgravava del parto, ad oggetto di farlo riconoscere per legittimo, *editumque ab eo qui maritus fuit*, e competea *adversus maritum, partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, si e quod ex se praegnantem* (3): si dava ancora *adversus avum, in cujus potestatem filius post mortem patris sui natus, recasurus erat* (4). Ora nè di ripudio nè di divorzio è più parola. Ma abbiamo però la legge che ammette e sostiene la separazione personale tra i coniugi, e ne spiega gli effetti che ne derivano (5). Può dunque accadere, che la moglie dopo il giudizio di separazione si sgravi di una prole, che il padre si nieghi a riconoscere, o non curi di alimentare. In questo caso certamente altra azione non ha la madre che quella *de agnoscendo partu*, e questa è azione pregiudiziale di stato di famiglia, per la testuale definizione datane da Giustiniano. Essa segue l'indole dell'azione di filiazione, e soltanto differisce da questa sotto il rapporto delle persone, che vengono ad esercitarla: *Similis actioni de filiatione est actio praejudicialis de partu agnoscendo, quia fere ad idem tendit; itidemque vel affirmativa, vel negativa est: sed in eo haec a priori differt, quod altera sit inter patrem et filium, altera vero inter patrem et matrem ipsius partus* (6).

(1) Art. 272 leggi civili.
(2) Art. 273 a 276.
(3) Vinn. ad § 13 Inst. de act. n. 5.
(4) Rittershus. ad § praejudiciale Inst. de act.
(5) Art. 217 a 233 LL. Civ.
(6) Boehmer. sect. 2 cap. 1 § 29.

5. Egualmente accade ora per il caso espresso nelle leggi civili art. 263. La madre naturale in caso di ratto può convenire in giudizio il padre a riconoscere la prole, ed astringerlo agli alimenti. Or quale è mai l'azione, che viene qui a figurare, se non quella *de partu agnoscendo?* Lo riconobbe chiaro il Boemero, il quale all'azione *de agnoscendo partu* di già esposta, attaccò anche l'idea di questa, dicendo : *Neque tantum inter parentes legitimos haec actio moveri potest, sed etiam, id quod frequentius fit, inter illegitimos, veluti si stuprata contra stupratorem agit ad partum agnoscendum* (1).

6. Finalmente azion pregiudiziale di stato di famiglia risulta anche quella, con la quale si domanda in giudizio la dichiarazione delle parentele nei gradi riconosciuti ed ammessi dalla legge. *Item permittitur haec actio fratri adversus fratrem, et cognato adversus cognatum de jure familiari: Bartolus in L. sive contra* § 1 *D. de lib. agnosc. Et Ulpianus facit mentionem hujus controversiae in ubicumque* § 1 *D. de ventr. in possess. mitt. Nam porrigitur haec actio ad controversiam totius cognationis:* L'Oldendorpio (2). La ragione è detta dallo stesso Boemero: *Stricte loquendo familia est societas domestica inaequalis inter patremfamilias, liberos, et servos. Generaliter vero ceteros quoque cognatos continet* (3). Ed il Vinnio non dubitando di queste teorie, si spiega così sulle autorità ancora d'insigni Scrittori che enuncia: *Hoc praejudicium* (cioè l'azione di stato di famiglia *utiliter etiam fratribus, aliisque cognatis dari, ut quis frater, vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, et consequenter nomen, arma, et insignia familiae ferre, feudaque, et alias successiones sperare potuit, cum Bartol. Specul. Jas. Zas. concludit Schneid. hic n.* 34 (4). Oggi, tranne i soli feudi, che qui sono enunciati, per tutto il dipiù, l'azione che è in proposito si può dedurre, e sperimentare in giudizio, restando nella classe di azione pregiudiziale di stato di famiglia.

Fin qui le azioni pregiudiziali, che riguardano primariamente lo stato della famiglia. Sieguono ora le altre azioni

(1) Boehmer. dict. loc.
(2) Oldend. Clas. 3 Act. 9 n. 4.
(3) Boehmer. sect 2 cap. 1 n. 22.
(4) Vinn. ad § 13 Inst. de act. n. 6.

di secondo ordine, che a questa classe appartengono, secondo lo spirito delle nostre leggi civili. Esse sono:

1. Le azioni nascenti dalla patria potestà, della quale si tratta nelle leggi civili art. 287 e seguenti. Avvertì già il Boemero, come abbiamo osservato, che nella quistione di stato di famiglia si comprende anche l'azione, quando *de patria potesta e tantum controversia moveatur* (1). Ma questa è un'azione di secondo ordine, perchè non forma veramente lo stato di famiglia, ma si rende competente *ratione status*, ed ha un'intimo rapporto a ciò che forma lo stato di famiglia. Appartiene a quest'azione tutto ciò, che oggi il padre secondo le leggi veglianti può esigere dai figli per la dipendenza, e per il rispetto dovuto *ratione filiationis*, non che per gli emolumenti a lui accordati (2); e che è comune anche alla madre; e si estende ai figli naturali riconosciuti (3).

2. Si offre in secondo luogo la emancipazione, di che parlasi nelle LL. civ. art. 399 e seguenti. Certamente l'emancipazione si ritrova fra i modi, con i quali si scioglie la patria potestà (4). Ora se per sostegno della potestà patria stanno le azioni di stato di secondo ordine, di ugual natura debbono esser quelle, con le quali si cerca di scuoterla ed allontanarla. In ogni contestazione adunque che può elevarsi in giudizio, per combattere, o per sostenere l'emancipazione, come anche tutte le volte che si discetti delle ragioni atte per legge, a far decadere il minore dal beneficio dell'emancipazione, o a sostenersi la rivoca di essa, giusta gli articoli 408, 489 LL. civ., sempre l'azione di stato di secondo ordine viene ad essere esercitata.

3. Sotto questa medesima azione di stato vanno tutte le dimande giudiziali per alimenti dovuti ai figli legittimi, ed ai figli naturali. E siccome la ragione alimentaria officiosa è reciproca, così con la stessa azione possono agire i genitori bisognosi ad essere alimentati dai figli ricchi e possidenti; anzi non sono esclusi dal far uso di questa azione i fratelli, e le sorelle costituite in bisogno, a cui si debbono gli alimenti *ex charitate sanguinis*.

(1) Boehmer. sect. 2 cap. 1 § 22.
(2) Art. 287 e seguenti LL. Civ.
(3) Art. 310 LL. Civ.
(4) § 6 Instit. quib. mod. jus patr. pot.

Di queste azioni alimentarie, che appoggiano sul nobile uffizio del giudice, dovremo trattare in appresso, allorchè parleremo delle azioni personali, che nascono dalla naturale equità, riconosciuta e protetta dalla legge civile: ma ciò non impedisce, che ora sotto il rapporto dell'oggetto a cui tali azioni son dirette, prendano parte qui fra le azioni di stato. In tutte le azioni per essere in regola, si dee distinguere la definizione dalla ripartizione e classificazione di esse. Allorchè si definiscono le azioni si attende unicamente alla loro origine, ossia alla causa loro efficiente; allorchè poi si ripartiscono, può aversi in veduta anche l'oggetto a cui esse si rivolgono. Sotto questo secondo rapporto vengono ora da noi riferite qui le azioni in proposito; e sotto il primo rapporto sarà fatta di nuovo parola di esse al luogo opportuno. Certamente il Boemero, riguardando appunto l'oggetto di questa azione che è dello stato di famiglia, la pose fra le azioni di stato non primarie, ma derivative. *Quamvis vero de statu non amplius quaeratur, forsan quod sententiam pro filiatione latam in rem judicatam transierit. L. 25 de stat. hom.; nihilominus tamen aliae quaestiones emergere possunt ex statu per consequentiam fluentes. Huc pertinet causa alimentorum praestandorum, quo nomine quidam actionem alimentariam largiuntur* (1). E Samuele Strichio riferisce questa azione al fatto della generazione, e da esso la trae. *Ex hoc etiam consequitur, cum ex facto generationis, seu ex naturali vinculo, resultet obligatio alendi, omnem parentem, de quo saltem naturaliter constat, quod parens sit, officio judicis ad alendum compelli posse* (2). E questa azione sempre come azione di stato si presenta per ragion del suo soggetto, o che agisca il figlio contra il padre, o *versa vice*, o che se ne avvalga la sorella povera contra il fratello ricco, o che finalmente la sperimenti la moglie ridotta nello stato di indigenza. *Huic remedio locus est inter omnes illas personas, quae sibi ad alimenta obligantur ex aequitate, charitateque sanguinis. Sic parentes agunt, ut a liberis, sorores inopes ut a fratribus ditioribus alantur. Eodem remedio uxor contra maritum ec. ec.* (3). Per le nostre leggi civili la materia è trattata negli art. 193 e seguenti, art. 203 678 679 854.

(1) Boehmer. sect. II cap. 1 § 31.
(2) Strik. sect. 1 membr. 2 § 9.
(3) Boehmer. dict. loc. § 32.

4. In quarto luogo subentrano i diritti, ed i rispettivi doveri dei coniugi. Ved art. 201 a 215 LL. CC. L'azione qui ha un'intimo rapporto all'azione di stato di famiglia. Il dovere dei coniugi di prestarsi l'un l'altro fedeltà, soccorso, ed assistenza: l'obbligo del marito di proteggere la moglie, e quello della moglie di ubbidire al marito: la necessità nella moglie di seguire il marito dove fissa i suoi lari: la dipendenza della moglie dal marito per aver l'autorizzazione a stare in giudizio: e cose simili, fissano e sostengono la tranquillità, l'ordine, ed il buon essere delle famiglie. Ogni qual volta dunque accadano dei casi, nei quali bisogna adire il giudice per l'adempimento di questi rispettivi doveri dei coningi, non di altra azione si viene a far uso, che di quella di stato di famiglia.

5. Lo stesso vale, ma in senso contrario, per le azioni, con le quali si deducono, e si sostengono le opposizioni al matrimonio, o si cerca d'impugnarlo in quanto agli effetti civili. Art. 181 e seguenti, 189 e seguenti leggi civili (1).

6. *Item* per i giudizii di separazione personale fra marito e moglie, e per gli effetti che questa produce. Artic. 217 a 233 LL. Civ. Art. 953 e seguenti proced. civ.

7. Nel caso di separazione personale, se al padre si nieghino senza giusta causa i figli dalla madre, l'azione che è data al primo per ripeterli, è azion di stato *ratione familiae*. Qui corrisponde l'*Interdetto de liberis exhibendis* (2): E si vede chiaro un'effetto della patria potestà; mentre l'azione tende a riunir la famiglia, conducendo i figli al padre, che ne è il capo. Il giureconsulto definì nettamente questa azione per pregiudiziale, dicendo, che in questo caso il padre non è che revindica i figli, ma li dimanda *praejudiciis* (3).

8. Finalmente per provvidenza delle nostre leggi civili, art. 232, con la medesima azione si sperimenta in giudizio il diritto, che è comune all'uno, ed all'altro coniuge separato di corpo, per far ordinare, a maggior vantaggio dei figli, che siano essi affidati alla cura di lui stesso, o di una terza persona. Quì l'oggetto è di aversi una buona educazione nella persona dei figli; lo che ha rapporto alla fami-

(1) Vedi Boehmer. sect. 2 cap. 1 § 44.
(2) L. 1 § 3 D. de liber. exhib.
(3) L. 1 § 2 D. de rei vind. Ved. Boehmer. sect. 2 cap. 1 § 35.

glia, ed al ben'essere di coloro che la compongono. Si riferisce qui il disposto nel Codice di Giustiniano al titolo: *Divortio facto, apud quem liberi morari, vel educari debeant:* e nel Digesto sotto il titolo: *Ubi pupill. educ. deb.* (1).

SEZIONE QUARTA.

DELLE AZIONI PREGIUDIZIALI CHE RIGUARDANO LE QUALITA', DI CUI LE PERSONE POSSONO ESSER RIVESTITE.

Alle persone si trovano bene spesso attaccate delle particolari qualità, che le fanno distinguere, specialmente nel contrattare, e nello stare in giudizio. Ora sul conto di coteste qualità accade spesso, che si clevino delle contestazioni, o per sostenerle, o per abbatterle. Ed in questi casi l'azione che si adopera, riesce azione pregiudiziale, perchè qualifica la persona, e stabilisce il modo con cui essa debba essere riguardata. Le azioni di simil fatta sembra a prima vista, che siano le stesse che le azioni di stato; in fatti per la forza dei vocaboli tanto è dire qualità, quanto è dire stato della persona, ed i giureconsulti romani scambiavano a vicenda queste cose, e spesso sotto il nome dell' una comprendeano anche l'altra. Ulpiano parlando della *condizione* personale, indicò lo *stato* o la *qualità* della persona (2). Ed altrove lo stato pubblico degli uomini si riporta alle dignità, ed agli onori (3); onde lo *stato* viene a definirsi: *qualitas, cujus ratione, homines diverso jure utuntur* (4): Ed in altri termini: *Status est conditio, et habitualis qualitas hominum, ut esse liberum, nobilem, legitimum ec. ec.* (5).

Ma a stretto rigor di legge, le azioni che riguardano le qualità personali, differiscono da quelle che la legge per eccellenza chiama azioni di stato, e che si restringono alla libertà, alla cittadinanza, ed alla famiglia. Questa era la proprietà delle voci, che serbava il diritto romano. E noi ancora troviamo ciò custodito nelle leggi civili, dove sotto la voce *stato*, o vien significato lo *stato civile*, che regola

(1) Vedi qui Anneo Roberto rer. judic. lib. 1 cap. 9.
(2) L. 32 § 2 D. 34 princ. D. de adquir. hered.
(3) L. 5 § 1 n. D. de extraord. cognit.
(4) Heinecc. recit. § 76.
(5) Hillig. ad Donell. lib. 2 cap. 9 n. 2.

la cittadinanza (1), o lo stato di famiglia (2): e sotto la voce qualità si addita la *quali à* inerente alla persona (3).

Le qualità personali risvegliano altra idea, e non presentano la così detta azione di stato. *Qualitas* (diceano in questo senso i Forensi) *est secundum quam quales dicimur, ut advocatio, procuratio, legatio* (4). La qualità a buon conto attacca alla persona una denominazione particolare, con la quale essa impronta nella società un carattere tutto a se. Tali cose valgono specialmente nei contratti, e nei giudizi.

Intanto doppia è la natura di queste qualità personali. Alcune si aggiungono alla persona, la quale non cessando di agire a nome proprio, spiega annessa a se una qualità, di cui è rivestita. Altre fanno sì che la persona niente di se ritenga nell'agire, ma spieghi un carattere nell' atto, che tutto appartiene alla qualità, che rappresenta. Del primo genere sono le qualità di erede, di legatario, di mandatario, di cessionario, di donatario. Qui agisce la persona a nome proprio con la qualità aggiunta. Del secondo genere sono le qualità di procuratore, di amministratore, di gestore di negozi, di tutore, di curatore, e cose simili. Qui la persona niente fa a proprio nome, ma agendo a nome alieno, tutto ripete dalla qualità che ha indossata. *Actor duplici nomine comparere potest in judicio, aut proprio aut alieno: nomine proprio, nempe uti filius, uti de genere . . . vel nomine proprio cum qualitate adiuncta, videlicet uti heres, cessionarius, donatarius, et similiter: nomine alieno, videlicet, uti tutor, curator, administrator, syndacus, vel procurator.* Il nostro Giuseppe de Rosa (5).

Tutte le azioni, con le quali si impugnano in giudizio le dette doppie qualità, sono pregiudiziali per modo, che il giudicato che le stabilisce forma stato, e nella causa dove si pronunzia, e nelle altre ancora, che possono derivarne, purchè però la persona non abbia deposta col fatto la qualità, che avea spiegata, e sostenuta in giudizio. Non si può però dire egualmente, che un tal giudicato, come accade nelle cause pregiudiziali di stato, giovi o nuocia anche ai

(1) Art. 46 e seguenti LL. Civ.
(2) Art. 249 250 251.
(3) Art. 1305 LL. Civ.
(4) Ved. Calcino voc. Qualitas.
(5) De Ros. prax. civ. Tom. 2 part. 1 cap. 1 n. 38.

terzi. Questo è un privilegio che hanno le sole cause di stato. Le qualità personali sono variabili, come non è lo stato delle persone; e niuna ragione persuade, che i terzi i quali non ebbero parte nel giudizio, che le sanzionò, debbano rispettarne come inviolabile il giudicato. Solamente per la qualità di erede col benefizio della legge e dell'inventario, così dichiarata, si è opinato per lo innanzi, che il giudicato stesse anche in faccia ai terzi, cioè ai creditori, che non furono chiamati nel giudizio. Vedi il Fabro al codice *Def.* 15 *de re jud.* Ma queste cose oggi non possono pienamente sostenersi sotto le nostre attuali leggi civili, per la disposizione contenuta nell'art. 717. Un tale articolo corrisponde all'articolo 800 del codice civile Francese, ed è mestiere che si riscontri al proposito tutto ciò, che sull'articolo 800 si è discusso in Francia, e che dottamente si trova scritto e ragionato dal Signor Toullier (1).

(1) Ved. Toullier tom. 10 num. 235.

CAPITOLO TERZO.

DELLE AZIONI REALI.

Art. xiii. L'azione reale sorge dal diritto che si ha sulla cosa, senza riguardo a persona alcuna, e va diretta contra qualunque possessore, e contra colui che con dolo ha lasciato di possedere.

Art. xiv. Il diritto reale, che sulle cose può competere, o nasce da dominio, o è per ragion di eredità, o è per ragion di servitù, o è per ragion d'ipoteca.

Art. xv. Il diritto che nasce dal dominio, produce l'azion reale diretta a revindicare dalle mani di ogni qualunque possessore la proprietà di una cosa corporale certa e determinata, sia mobile, sia immobile.

Art. xvi. L'azione reale per diritto ereditario dà ragione a pretendere la eredità, o parte di essa da colui, che non essendo il vero erede, a questo titolo in tutto o in parte la possiede.

Art. xvii. Questa azione è diretta eziandio a far annullare le disposizioni testamentarie per vizio di forma, o per la incapacità del testatore, e di coloro, a cui favore la disposizione siasi fatta: come ancora a far dichiarare, se vi è luogo, la rivocazione, e la caducità dei testamenti.

Art. xviii. L'azion reale che nasce dal diritto di servitù, o è diretta a sostenere il diritto attivo della servitù che compete alla persona, o al fondo dominante; o è contraria, per difendere la libertà del fondo creduto serviente.

Art. xix. L'azion reale nascente dall'ipoteca, dà il diritto al creditore ipotecario di perseguitar la cosa immobile a se obbligata in mano a qualunque terzo possessore, per esser sodisfatto del suo credito.

Art. xx. È reale parimente ogni azione, che porta a dichiarazione d'ipoteche; come anche a farle cancellare, o ridurre. Ed egualmente son reali le azioni, con cui si rendono libere le proprietà dai privilegii, e dalle ipoteche.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO TERZO.

SEZIONE PRIMA.

DELLE AZIONI REALI IN GENERALE, E DELLA LORO QUADRUPLICE DISTINZIONE.

L'azione reale fu chiamata da Papiniano con un termine tecnico *petitione*, perchè con essa non si fa altro, che dimandare ciò che è nostro, e non si trova nel nostro patrimonio (1). Ma anche colui che ciò chiede, non fa altro che agire in giudizio; e quindi viene a produrre azione reale, con cui egli ripete ciò che è suo dalle mani di qualunque possessore. Il possesso dell'avversario in questo giudizio è la causa occasionale della azione reale; e la causa di origine, ossia il fondamento di essa, sta nel *gius in re*, che fu definito dal Grozio: *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam* (2). Si rende perciò essa esperibile contra qualunque possessore, *qui nullo jure obligatus est,* al dire di Giustiniano (3); cioè che non conserva obbligazione alcuna per contratto o quasi-contratto, per delitto o quasi-delitto. *Unde recte dicimus ex quo jure dari non potest actio in rem, hoc non esse jus in re. Convenit enim exanussim definitio actionis in rem cum definitione, quam dedimus juris in re. Ad hoc res ipsa devincta est penes quemcumque sit; ita actio in rem datur ad rem petendam a quolibet possessore*. L'Ubero (4).

Ora il *gius in re,* che è il fondamento della azione reale, non nasce solamente dal dominio, che noi abbiamo nelle cose, ma da altre cause ancora, che possono legittimamente costituirlo, *sine respectu ad certam personam*. Si senta il Vinnio: *Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re judicio experiamur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit* (5). Intanto qualunque sia la specie del *gius in re*, ogni azione che da essa ne emerge, va con la regola generale, cioè di dover essere sempre diretta contra il possessore; mentre essendo in

(1) L. 28 D. de obl. et act.
(2) Grot. lib. 2 manduct. cap. 1 § ult.
(3) § 1 Inst. de act.
(4) Huber. digress. lib. IV cap. VI num. 1.
(5) Vinn. ad § 1 Inst. de act. num. 15.

oggetto il diritto appunto sulla cosa, non può questo ottenersi, se non si pretenda da colui, che la possiede, sia egli nel possesso civile, sia nel possesso naturale; e sia ancora, che per fatto suo doloso abbia cessato di possedere (1).

Quattro poi sono le principali cause produttive del *gius in re*, incluso in esse il dominio, che formano le quattro specie di questo diritto, riconosciute per unanime consenso di tutti i dottori; cioè 1.° il dominio, 2.° la credità, 3.° la servitù, 4.° il pegno, oggi l' ipoteca.

Ed è a dire, che fu molto bizzarra l'opinione palesata da Giacomo Bornio, il quale senza entrare in verun dettaglio, imprese a sostenere, che una e sola fosse la specie del *gius in re*, cioè il dominio, volendo dimostrare, che tutto a buon conto al dominio andava a riferirsi; e che le replicate specie non erano, che conseguenze, e derivazioni del dominio stesso. Disse egli che il dominio potea essere universale, e così abbracciava la seconda specie, cioè il diritto ereditario; potea essere su cose corporali, o incorporali, ed allora, se trattavasi di proprietà, restava nei stretti termini di dominio, se trattavasi di possesso, si estendeva al pegno; finalmente nel caso che il dominio versasse su cose incorporali, presentava l'idea della servitù. Ma questa dottrina del Bornio fu confutata nel nascere da gravi e valenti scrittori, rapportati ed applauditi da Giovanni Eineccio (2); oltre a ciò, che ne aveva già scritto in contrario l' Ubero, rispondendo ancora al suo Annotatore Cristiano Tomaso, che ben gustava la singolare novella teoria (3).

E vaglia la verità, comechè sia vero, che tutte e quattro le specie riconosciute dai dottori convengano in una cosa sola, cioè nel *gius in re*, sul che sta il principio del Bornio, pure non è a dubitare che fra di esse vi sia notabile differenza, o si riguardi la causa efficiente di cotesto diritto, o si riguardi il modo, con cui esso rendesi esperibile in giudizio, e l' oggetto a cui è rivolto.

Il diritto di credità, donde sorge l'azione reale *petitionis hereditatis*, non può dirsi che nasca da dominio, e molto meno dal dominio universale immaginato dal Bornio. Non nasce da dominio, mentre in questa azione l'erede non agi-

(1) Ved. Vinn. dict. loc. num. 16 17.
(2) Heinec recit. § 334.
(3) Hub. ad tit. D. de rer. divis. num. 11.

sce come padrone di ciò che dimanda, ma come legittimo rappresentante di colui, che con buona fede possiede ciò che trovasi nella eredità, anche se non ne fosse stato padrone; e l'azione è diretta contra colui, che non essendo il vero erede, possiede senza giusto titolo l'eredità. Si discetta a buon conto *de jure heredis*, e non del dominio. E l'attore non dee provare, che egli sia padrone, ma che sia erede, escludendo la posizione contraria del convenuto, che nemmeno del dominio contrasta, ma della qualità ereditaria *et de jure heredis*. L'eredità consiste nel diritto: *hereditas etiam sine nullo certo corpore juris intellectum habet* (1). Cotesto diritto unicamente è qui in oggetto. Altro avverrebbe, se l'erede agisse contra il possessore particolare a pretendere oggetti ereditarii: allora verrebbe in iscena il dominio, che risederebbe nel titolo ereditario. Ma questo sarebbe un giudizio ben diverso, presentando una mera idea di revindicazione, che niente ha che fare con l'azione *petitionis hereditatis*.

Il dominio poi universale, a cui si riporta il Bornio, non è mai concepibile. La universalità dei diritti si riconosce, ed è essa che ritrovasi nella eredità; ma il dominio universale presso gli uomini non si è mai immaginato. Il dominio è sempre nelle cose singolari, ed in questo senso è contraposto al *gius ereditario*, che abbraccia diritti universali. Al titolo del Digesto: *communi dividundo* è scritto: *Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis* (2). Nè fa ostacolo la *L.* 48 *princ. D. de hered. Inst.* dove è detto: *Titius hereditatis meae dominus esto*; e pare che vogliasi esprimere un padrone universale. Qui la universalità è di diritto, non è di fatto: essa è relativa ai beni ereditarii: e la voce *dominus* adoperata equivale alla voce *heres*. L'erede è il rappresentante in tutto la persona del defonto, ed il padrone universale di tutti i suoi beni. Ma tanto in faccia al defonto, quanto in faccia all'erede, mentre è riconosciuta la universalità dei diritti, il dominio però non è che *in singula corpora*. Nemmeno dee illudere *la L.* 70 § *ult. D. de verb. signif.* nella quale è menzionato *universum domi-*

(1) L. 50 D. de pet. hered.
(2) L. 4 princ. D. comm. divid.

nium. In questa legge il giureconsulto va a spiegare le voci: *is ad quem ea res pertinet*; e vuole abbracciare nella definizione ogni diritto: *jus omne quo quaevis res ad nos pertinere dicuntur:* e quindi per bene esprimersi si serve della voce *dominium*; *quia dominium jus praecipuum est*, come spiega Ulrico Ubero (1). Per la qual cosa questo illustre scrittore ha giusto motivo di esclamare: *juris nemo peritus negabit dominium esse rerum singularum, hereditatem, universarum . . . . non est igitur hereditas dominium, sed ejusmodi jus, per quod ad heredem pertinent omnia quae defunctus reliquit, et per quod illa omnia potest a quocumque possessore consequi L.* 9 *de hered. petit.*(2).

Per le addotte ragioni la sapiente giurisprudenza romana distinguea bene fra la revindicazione, e la petizione della eredità. Per questa seconda adottava la voce *petere*, parola universale, e per la prima riteneva il *reivindicare*, espressione particolare. E nella *L.* 1 *D. de rei vindic.* fu scritto: *post actiones quae de universitate* (fra le quali era la petizione della eredità) *propositae sunt; subiicitur actio singularum rerum petitionis;* cioè della revindicazione, che nasce dal dominio.

Cum tamen dominium proprie rerum singularium sit L. 8 *D. de leg.* 2 *et plura dentur in hereditate, quam quarum dominium defuncto competit, quippe tam nomina activa, quam passiva defuncti ad heredem devolvuntur, ita ut hic quia heres est, omne ejus factum praestare teneatur L.* 14 *Cod. de rei vind. imo et res quae apud defunctum depositae, vel ipsi commodatae vi hujus juris hereditarii repetuntur a possessore L.* 19 *princ. et* §§ *seqq. D. de hered. pet., merito jus hereditarium ob suam amplitudinem pro separato jure reputatur; unde hereditas juris nomen esse dicitur L.* 178 § 1 *D. de verb. sign., et hereditatis appellatio universitatem quamdam, ac jus successionis, non singulares res demonstrat L. bonorum* 208 *D. de V. S. Unde etiam hereditatem petiturus fundamentum intentionis non collocat in dominio, sed tantum in eo quod heres sit. L.* 10 § 1 *D. de pet. hered.* Samuele Strichio (3).

Dunque la petizione di eredità non viene da dominio, e

(1) Huber. digress. lib. IV cap. VI num. 111.
(2) Hub. dict. loc.
(3) Strich. Sect. 2 membr. 3 § 1.

molto meno da dominio universale. E se si pone mente alla querela *inofficiosi testamenti*, riconosciuta dalle leggi romane, la quale era affine alla petizione della eredità, essa molto meno derivava da dominio, ma *ex facto parentum valde impio*, l' Oldendorpio (1). E pure essa è di sua natura reale.

In quanto poi alla servitù, da cui sorge l'altra specie dell' azione reale, nemmeno può dirsi, che essa derivi da ragione di dominio. Dalla servitù nasce sibbene un diritto reale, ma non appoggiato a dominio; che anzi la servitù ed il dominio si oppongono per legge. Basta ricordare ciò, che è scritto nella *L. unic.* § 3 *D. de remis. pign.* Ivi: *jus habet opus novum denuntiandi qui aut dominium, aut servitutem habet.* E nella *L.* 13 § 1 *de damn. inf. sive corporis dominus, sive is qui jus habet, puta servitutis.* In questi luoghi il dominio è cosa diversa dalla servitù. E vaglia la verità, o noi siamo ad azione *confessoria* così detta, ed allora non è che si produca ragione di dominio, ma l' azione nasce *ex jure servitutis quae praedio actoris debetur*, l'Oldendorpio (2): o siamo ad azione *negatoria*; ed allora l' azione nemmeno viene da dominio *sed ex jure libertatis, quam actor in re sua habet*, lo stesso sommo autore (3). Quindi ben di ragione conchiude Ulrico Ubero. *Ecce servitus jus in re aliena, nunquam in re propria, quia non minus implicat, rem propriam servire domino, quam ut sui quis ipse servus dicatur. L.* 5 *in princ. si ususfruct. pet. Quid est ineptius, quam onus dominii, competens ei qui non est dominus, vocare dominium* (4).

Finalmente in quanto al pegno, che offre la quarta specie del *gius in re*, nemmeno può dirsi che esso somministri azione nascente da dominio. Quì il pegno si confonde con la ipoteca; e quindi va intesa l'azione ipotecaria, che compete al creditore, il quale col pegno ha assicurato il suo interesse. E bene; ed in questo caso l'azione che ne emerge, quantunque sia reale, non è però per ragione di dominio, ma essa nasce *ex jure pignoris, quod creditor habet per expressum consensum debitoris, qui eam obligavit*, l'Oldendorpio (5).

(1) Oldendorp. Clas. 5 act. 2.
(2) Oldendorp. Clas. 3. act. 5 n. 3.
(3) Oldendorp. Clas. 3 act. 5 n. 3.
(4) Hub. digres. Cap. 7 n. 1.
(5) Oldendorp. Clas. 3 act. 10 n. 2.

Ed è letteralmente decisivo al caso il testo dell'Imperadore Antonino nella *L. Praeses Cod. de pign. et hypot.* dove è scritto: *Praeses Provinciae vir clarissimus jus pignoris tui exequentem te audiet*. Non dicesi qui che si produce ragione di dominio, ma *jus pignoris*, che dee essere cosa ben diversa.

Se poi nel pegno si riguardi l'azione pignoratizia, che è data al debitore per ricuperare il pegno dopo aver pagato il debito, questa mentre è reale, perchè perseguita la cosa, non viene però dal dominio, ma direttamente dal contratto, che di sua natura è reale: *ex contractu pignoris nascitur, per quem creditor qui pignus accepit, re obligatur* (1). Può aver poi il debitore azione vindicatoria, *o in factum*, a ripetere il pegno, quando esso però sia uscito dalle mani del creditore, ai termini della *L.* 13 *Cod. de pign. act.*; ma allora siamo fuori giostra.

SEZIONE SECONDA.

DEL DOMINIO, PRIMA SPECIE DEL GIUS IN RE.

Il dominio, che secondo Giustiniano, *continet plenam in re potestatem*, § 4 *Inst. de usufruct.*, è la prima e principale specie del *gius in re*; per modo che, quantunque le leggi romane fra queste specie lo annumerino (2), pure per eccellenza spesso dal *gius in re* lo astraggono, e col proprio suo nome particolare, singolarmente lo riconoscono: *sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant* (3). Da questo dominio, così particolarmente riguardato, nasce l'azione vindicatoria, cioè il diritto a revindicare ciò che è nostro dalle mani di qualunque possessore: *cujus vindicandi jus habeo*, è scritto nella *L.* 49 *D. de rei vind.* Della revindicazione si parla nelle nostre leggi. Art. 1480 1499 1686 1971 num. 1 e num. 4 LL. civ.; Art. 902 e seg. 909 e seg. LL. proced. civ.

Vindicare, al dire dell'Oldendorpio, *propria significatione est adpropriare, suum esse dicere proprietatis adfirmatione* (4). E la definizione della azione che vi corrispon-

(1) Oldendorp Clas. 3 act. 12 n. 2.
(2) L. 8 § 1 Cod. de praescript. 30 vel. 40 ann.
(3) L. 19 D. de damn. inf. Vid. L. 30 D. de nox caus.
(4) Oldendorp. Clas. 3 act. 2.

giudizio di vindicazione (1). Ma questa azione *ad exhibendum* oggi non è più in uso, restando soltanto riconosciuto il sequestro per misura di revindicazione (2).

In quanto poi all' oggetto, questa azione vindicatoria o è mobiliare, o immobiliare (3); mentre ora presso di noi sotto i mobili s' intendono anche i semoventi (4). Sempre però dee essere cosa corporale, e cosa certa quella che si persegue. Le cose nostre incorporali sulle quali abbiamo azione reale, si dicono essere in *bonis*, ma non *in dominio* (5); e quindi a rigore di legge non va per esse l'azione revindicatoria. Elegantemente l' Ubero: *in rem actio dicitur, quae ex jure in re datur adversus quemlibet possessorem ad adipiscendum jus in re constitutum* (6). Distingue egli fra la revindicazione, che nasce dal dominio, l' azione anche reale, che si rappresenta sopra ogni altro *gius in re*, cioè sulle cose incorporali. *Competit in rem actio* il Donello, *de re corporali, sive ea mobilis est, sive solo continetur L. 1 princ. D. de rei vind. Ea re admonemur non competere hanc actionem de servitutibus, quae res incorporales sunt.* E la ragione vien da lui tratta *ex genere ipso, et conditione actionis;* imperciocchè avverte, che nella revindicazione l'azione è sempre *confessoria, idest ea per quam fateatur et intendat rem suam esse:* e non mai *negatoria, idest per quam neget rem esse possessoris, cum quo agitur*. Poi: *altera differentia est, quod in rem actio de re corporali numquam ultro possessori datur. L. 1 § penult. D. uti possid. § aeque in fin. Inst. de act. contra actio in rem de servitute, tam ei datur, qui possidet, quam qui non possidet* (7). Il foro competente della azione vindicatoria è quello della cosa sita (8); sia essa immobile, sia mobile. *Vedi la L. 38 D. de judic.* Però trattandosi di cosa mobile si dee seguire l'avvertimento del Perezio: *Dum tamen eo loco, quo sita est, permansura sit, nec custodiae tantum causa ibidem constituta sit* (9).

(1) Oldendorp. Clas. 3 act. 1.
(2) Art. 909, e seg. LL. proc. civ.
(3) L. 1 C. de rei vind.
(4) Art. 451 LL. civ.
(5) L. 49 D. de verb. signific.
(6) Huber. ad tit. Instit. de act. num. 3.
(7) Donel. L. XX cap. IV num. 2 ad 5 Tom. 5 pag 802.
(8) Art. 151 proced. civ L. ult. Cod. ubi in rem actio.
(9) Perez. ad cod. tit. ubi in rem act n. 1.

Bisogna poi che sia certo, e determinato ciò che fa l'oggetto di questa azione, essendo della natura della revindicazione che essa perseguita la cosa. *Appellatio rei non genus, sed speciem significat* (1). Ed è noto che, al linguaggio dei giurisconsulti romani, la specie suona lo stesso che presso i logici suona l'individuo, cioè una cosa singolare: *subiectam oculis, quae specieri, idest, cerni, et digito demonstrari potest; ut Stichum, Pamphilum, hunc bovem, hoc tignum. L. in stipulationibus D. de verb. obl.;* lo stesso Donello (2).

Se non che questa certezza ed unità di cosa, che è qui in proposito, va intesa al modo come la spiegò già Ulpiano nella *L.* 30 *princ. D. de usuc.* cioè in triplice senso. 1.° Si ritrova l'unità in una cosa che ha un solo spirito, o ha parti tutte collocate ed unite insieme senza opera di uomo, come sarebbe il bue, la trave, la pietra, 2.° vi è l'unità nella cosa che si compone di più parti, unite però insieme ed accozzate per opera dell'uomo come la casa, la nave, l'armadio, 3.° finalmente si riconosce l'unità anche in quelle cose che contengono più oggetti distinti fra loro, e separati per natura, ma collettivamente designati sotto un nome stesso, come la greggia, gli armenti, le mandre. Ed in tutti questi casi conveniva l'azione vindicatoria.

Sempre questa azione è petitoria, e riguarda la proprietà; mentre l'azion possessoria, comecchè nasce anche da dominio, non va indicata sotto la revindicazione. Sono note al proposito le teorie del giureconsulto Paolo nella *L.* 3 § 4 11 12 *D. ad exhib.;* dove elegantemente nota il Gotifredo: *qui possessionem petit, non vindicatione, sed interdicto agit.*

Gli esempii della azione vindicatoria si trovano nelle nostre leggi civili art. 1971 num. 1 in fin. num. 4, e nella procedura civile.

(1) L. 6 D. de rei vind.
(2) Donel. dict. loc. num. 10.

SEZIONE TERZA.

DEL DIRITTO EREDITARIO, SECONDA SPECIE DEL GIUS IN RE.

Dal diritto ereditario nasce l'azione della petizione della eredità, di cui fanno parola le nostre leggi civili nell'articolo 143, ed anche nell'articolo 730, dove con espressioni equipollenti si nomina colui, *che reclami la eredità*. Questa azione di sua natura è reale, sia che si riguardi il nome, con cui sempre la legge l'ha indicata (1); sia che si osservi la sua indole, essendo essa diretta contra la persona che possiede. In quanto al nome *petitio*, esso certamente appartiene di diritto alle azioni reali (2). Ed è perciò, che i giurisconsulti Papiniano e Paolo ebbero per azione vindicatoria la petizione della eredità (3). In quanto poi alla persona a cui l'azione si rivolge, egli è risaputo, che sia dell'indole particolare e propria di tutte le azioni reali di perseguitare il possessore: essendo sempre due gli estremi nei giudizii reali, cioè il diritto *in re* per parte dell'attore, ed il possesso per parte del reo convenuto. Ulpiano stesso conferma coteste regole nella nota *L.* 25 § 18 *D. de hered. petit.*, dove sebbene risvegli delle idee che possono rendere mista questa azione, pure non lascia di mettere in massima, che essa sia reale. *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales*. Risulta dunque mista, non per ragione della primiera sua origine, e della sua natura, quasi che vi fosse obbligo di ravvisare in essa fin dal principio congiuntamente il *gius in re* ed il *gius ad rem;* ma per ragione della circostanza che può concorrere sul conto delle prestazioni personali, alle quali può essere tenuto il possessore della eredità. La seconda cosa è accidentale, ma la realità della azione è sempre ferma e sicura. Le prestazioni personali, che possono risultare a carico del possessore, si considerano allora come accessioni alla eredità, e quindi con la stessa azione reale si rendono repetibili. Perlochè se in questo caso la petizione della eredità si presenta come azione mista (lo che meglio sarà detto al suo luogo), questo accade non per ragione dell'origine assoluta

(1) Tit. Dig. de hered. pet. tit. cod. de petit. hered.
(2) L. 178 § 2 D. de verb. signif.
(3) L. 8 L. 49 D. de hered. pet.

della azione, ma per la doppia qualità che essa cammin facendo ri rova nel soggetto, cioè nelle accessioni ai beni ereditarii sopravvenute per fatto personale del possessore. Vedi Ulrico Ubero (1).

In questa azione si cumulano due dimande, cioè quella della dichiarazione di erede che consiste nel diritto (2); e quella del rilascio dei beni ereditarii. L'azione però è sempre reale malgrado che l'attore altro non ottenga in giudizio, che la semplice dichiarazione di essere egli l'erede, e non rinvenga beni di sorta alcuna a poter conseguire. La ragione si è, perchè la dichiarazione di erede stabilisce in questo caso nella persona un diritto reale a poter pretendere, sempre che possa, e voglia i beni ereditarii. Quì calza bene l'osservazione dell'Oldendorpio, il quale volendo sostenere la qualità reale nelle azioni pregiudiziali, la trae dal motivo che con esse si viene a stabilire: *jus ipsum, quod peto in persona alicujus;* soggiugnendo: *Et sic respicitur res in persona potius, quam aliquid extra personam. Sicut enim vindicatio proprietatis dicitur in rem actio, ita peti io alicujus juris in rem censebitur* (3). Noi non abbiam seguita la sua teoria sul conto delle azioni pregiudiziali, ma nella specie della petizione della eredità, per la qualità, che si attacca alla persona, convenghiamo nel credere, che il diritto stabilito nell' erede, dopo la dichiarazione del giudice, presenti la idea di un diritto reale a suo pro, che qualificandolo tale lo abilita ad agire con questo titolo per andar a perseguitare i beni ereditarii, dove, e quando li rinvenga.

L'attore in questo giudizio è colui che offre il titolo di erede, o di legatario universale, o di legatario a titolo universale (4). La ragione a pretendere nasce dal diritto che si ha di succedere al defonto; e quindi oltre alle successioni intestate, o per testamento, può esso competere nel caso delle donazioni che la legge permette per contratto di matrimonio *dei beni che il donante rimarrà al tempo della morte* (5). In questa specie di donazioni è precisamente

(1) Huber. Digress. jur. lib. 4 Rap. 6 n. 5.
(2) L. 50 de hered. pet. L. 24 D. de verb. sign.
(3) Oldendorp. Clas. 3 act. 9 n. 3.
(4) Art. 929 964. LL. CC.
(5) Art. 1038 LL. CC.

scolpita la istituzion di erede per contratto, che i francesi chiamarono istituzione contrattuale, e che presso di noi ancora, ed altrove era conosciuta: *ex consuetudine fere ubique gentium recepta:* il Fabro (1). Si senta il Boemero: *postquam hodie nova species successionis, pactitiae videlicet usu recepta est, ut in pactis nuptialibus inter conjuges, unione prolium, confraternitate, ec. ec., datur quoque hereditatis petitio conventionalis, qua, existente casu successionis, heres pactitius agit* (2).

L'azione stessa *petitionis hereditatis* compete al compratore, o al cessionario della eredità, il quale abbia causa dal vero erede, o dal legatario universale, o dal legatario a titolo universale. Il compratore della eredità fa le veci dell'erede: *emptorem hereditatis vicem heredis obtinere;* disse Ulpiano (3): anzi Pomponio lo assomiglia del tutto all'erede: *quasi tu heres videaris extitisse* (4).

Questa azione poi si dirige contra colui che possiede l'eredità *pro herede, vel pro possessore;* come anche contra colui, che con dolo ha lasciato di possedere.

Più: essa compete contra la persona, che *liti se obtulit*, o nella ignoranza dell'attore, per calunniarlo, dica di possedere (5). A buon conto nello sperimento di questa azione si va a perseguitare la persona, che possedendo, o ha, o vanta di avere il titolo di erede, o di legatario universale, o di legatario; o per tale si infinga a titolo universale; così che se questa persona non possegga che un sol corpo ereditario, e non già la universalità dei beni, pure diviene passibile della azione *petitionis hereditatis*, quando voglia sostenersi nel possesso col titolo di erede, o di legatario universale, o a titolo universale. *Si modo eam rem singularem vel pro herede, vel pro possessore possideat, adeo ut etiam contra debitorem detur, si hic ideo solvere recusat, quia se heredem dicit. L.* 14 *in fin. de hered. petit.:* il Boemero (6).

È passibile di questa azione anche il compratore della eredità che abbia causa da un creduto erede. *Haec* (actio)

(1) Fabro ad tit. Cod. de pact. convent. tam sup. dot. Defin. 6 def. 8.
(2) Boehmer. de act. sect. I cap III § 28.
(3) L. 2 § 18 de hered. vel act. vend.
(4) L. 9 in fin. comm. pr. Ved. Boemero sect. 2 cap. 3 § 21.
(5) L. 45 D. de hered. pet. L. 131 de reg jur.
(6) Boehmer. Sect. II cap. III § 15 in not. sit p.

quoque vero heredi quandoque datur contra emptorem hereditatis, qui a putativo herede illam emit, eamque possidet, quando venditor commode conveniri nequit: veluti quod non extet, vel modico vendiderit, et bonae fidei possessor sit, et non adeo reperiatur locupletior L. 14 § 4 *D. de hered. petit. Regulariter enim venditor, sive pretium recepit, sive petere possit, tenetur, cum pretium succedat in locum rei. L.* 16 § 5 *cod.* Lo stesso Boemero (1).

In quanto poi ai beni ereditarii, questa azione li abbraccia tutti universalmente, mentre nel diritto di successione che con essa si deduce, questa universalità appunto vien rappresentata: *Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (2). E perchè *in universalibus, res stat loco pretii, et pretium stat loco rei*, possono con questa azione dimandarsi anche i prezzi ritratti dalle cose ereditarie alienate. Più: si dimandano anche i debiti creditarii, e tutto altro che al defonto apparteneva per qualsivoglia titolo. Essa intanto non cessa mai di essere azione reale. Non si considera in questo caso il debitore come obbligato personalmente al defonto, e quindi come passivo di un'azione personale, ma si considera qual possessore di diritto di un bene ereditario. *Item,* dice Ulpiano, *a debitore hereditario, quasi a juris possessore, posse hereditatem peti, constat, sed utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert* (3). Si vegga Ulrico Ubero (4).

Sono eziandio azioni nascenti da diritto ereditario, e quindi reali, quelle che tendono a far annullare i testamenti per vizio di forma (5), o per la incapacità del testatore, e di coloro a cui favore siasi disposto (6); come anche a far dichiarare, quando vi è luogo, la rivocazione, e la caducità dei testamenti (7). *Querela nullitatis, quae itidem est hereditatis petitio qualificata, qua testamentum ex capite nullitatis impugnatur, quod* 1.° *defectus sit in testatore* 2.° *in solemnibus, et forma praescripta:* 3.° *in essentialibus:* 4.° *in certitudine voluntatis*; il Boemero (8).

(1) Boehm. Sect. 2 cap 3 § 22.
(2) L. 24 D. de verb. sign.
(3) L. 13 § ult. L. 14 D. de hered. pet.
(4) Hub. ad tit. Inst. de act. n. 19
(5) Art. 927 LL. civ.
(6) Art. 817 827 LL. civ.
(7) Art 990 994 LL. civ.
(8) Boehm. Sect. 2 cap. 3 § 49.

L'azione di nullità importa a buon conto una petizione di eredità *ab intestato*, tolto di mezzo il testamento, che pecca di un tal vizio. *Huc etiam pertinet*, soggiugne questo scrittore; *quando testamentum est ruptum, irritum, vel destitutum ;* ed oggi quando il testamento è rivocato, o diviene caduco giusta gli articoli 990, e seguenti LL. civ. *His omnibus casibus, quo testamentum valere nequit, potest vel simplex hereditatis petitio institui, et si adversarius exceptionem conditi testamenti opponit, nullitas per modum replicae deduci : vel etiam querela nullitatis directo proponi, quae se fundat in nullitate testamenti* (1). La querela d'inofficioso che per diritto romano vigea, era anche annoverata fra le azioni reali *petitionis hereditatis*, perchè era diretta allo stesso oggetto: *ut testamento inofficioso per sententiam judicis rescisso, heredi hereditas restituatur ab instituto ;* l'Oldendorpio (2).

SEZIONE QUARTA.

DELLA SERVITU', TERZA SPECIE DEL *GIUS IN RE*.

Delle cose corporali, che realmente e propriamente si posseggono si da la revindicazione; ed una quasi revindicazione è concessa ancora per le servitù, che sono cose incorporali, ed impropriamente vengono anche a possedersi. Or cotesta quasi revindicazione delle servitù non nasce propriamente da dominio, ma da una particolare specie del *gius in re*, su cui è basata. *Quia cui servitus competit, huic res alterius ad suum commodum affecta est, sine respectu ad certam personam, adeo ut in omni mutatione dominorum servitus sit immutabilis, et contra quoslibet actionem in rem producat.* Ulrico Ubero (3). Siano dunque servitù personali, o vogliansi dir miste, come è l'usufrutto, l'uso, l'abitazione (4): Siano servitù prediali di qualunque specie (5), esse son sempre protette dal *gius in re*, e dalla azion reale, che ne emerge (6).

Questa azione che è sempre reale è guardata però in dop-

(1) Boehm. loc. cit.
(2) Oldendorp. Clas. 5 act. 2 n. 7.
(3) Huber. digress. Lib. 4 cap 7 n. 1.
(4) Art. 503 e seg. LL. civ.
(5) Art. 559 e seg. LL. civ.
(6) L. 2 D. si servit. vind.

pio aspetto, perchè o tende a sostenere un diritto di servitù già acquistato legittimamente, o tende a rimuovere un diritto di servitù, che senza ragione si vuole indurre; ed è perciò che dai giureconsulti romani essa fu distinta in azione *confessoria*, e *negatoria*. La confessoria propriamente nasce *ex jure servitutis:* la negatoria viene *ex jure libertatis.* Si senta Ulpiano. *De servitutibus, in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit; negatoria domino qui negat* (1). E queste tecniche espressioni corrispondono ai titoli del Digesto, e del Codice Giustinianeo — *Si servitutis vindicetur, vel ad alium pertinere dicatur* — *Si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Si rende qui degno di avvertenza ciò che scrive Samuele Strichio sull' uso della azion confessoria, e della negatoria, o per meglio dire, sulla proprietà delle espressioni da serbarsi in giudizio allorchè viene a dedursi ciascuna di esse. *Quicunque jure quodam utitur ex libertate naturali, et in hoc se fundat, illi non datur confessoria, sed negatoria, quia alteri negat facultatem prohibendi, quo minus libertate naturali utatur. Quicunque vero se fundat in privilegio, et jure speciali, si cujus alterum ab ejusdem juris exercitio excludere possit, illi competit confessoria, qua confitetur, sibi soli hoc jus competere, indeque se gaudere jure prohibendi* (2).

Il fondamento della azion reale confessoria dee essere nel diritto già stabilito dalla servitù, imperciocchè in questi giudizii *per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari* (3). Che se fosse ancor dubbio il diritto dell' attore, allora egli dee ricorrere ad altre azioni. Si senta l'Oldendorpio: *Servitutem jam constitutam esse oportet, ut competat in rem actio confessoria, quandoquidem id, quod non est, vindicari non potest. Verum si constitui debeat, videndum diligenter: utrum per stipulationem fuerit promissa: et tunc agetur ex stipulatu: an per venditionem: quo casu actio ex empto est, ac ita in reliquis contractibus. Si denique in ultima voluntate legata fuerit servitus: heres tenebitur actione ex testamento, ut constituat*

(1) L. 2 princ. D. si servit. vind.
(2) Stryk. sect. 2 membr. 4 § 5.
(3) L. 8 § 4 D. si servit. vind.

pam. L. si binarum. D. de servit. praed. urban. § *ult. Inst. eod. tit.* (1).

Nelle servitù prediali compete l'azione confessoria al padrone del fondo dominante, il quale se è nel pacifico possesso del fondo, non può essere obbligato a provare il suo dominio (2). Compete ancora al padrone utile, ed al creditore antieretico (3). L'usofruttuario però non può produrla direttamente a nome proprio, perchè egli non è padrone. *Aliud enim est proprio suo nomine usumfructum ipsum vindicare quod facere potest; aliud vero intuitu fundi servitutes debitas proprio nomine persequi, quod facere nequit, quia fundum proprio nomine non possidet tanquam dominus, ut ait imperator in* § 4 *Inst. per quas person. cuiq. adquir. ibi: quia non possidet*, il Boemero (4). Può dunque l' usofruttuario agire a nome soltanto del proprietario; e ciò quando la servitù gli venga impedita da un estraneo. Che se l' impedimento nasca dal padrone proprietario del fondo, allora non può agire con la reale *confessoria*, ma dee ricorrere alla azione che gli viene dall' usofrutto. — *Confessoriam enim intuitu servitutum impeditarum, tantum nomine domini, ut ejus procurator movet: contra ipsum dominum vero, tanquam ejus procurator ita agere nequit, sed id tantum permissum est, ut usumfructum contra eum directo persequatur*; lo stesso dotto autore (5).

Si da poi questa azione confessoria contra il possessore del predio serviente, o contra chiunque altro impedisse la servitù (6): E se sono più i padroni del fondo serviente si da solidariamente contra tutti (7). Per diritto romano due cose si poteano abbracciare nella dimanda, cioè, che la servitù si prestasse, e che si desse cauzione per assicurarla in prosieguo (8). Ma ora la cauzione non è conosciuta, ed in ogni caso la legge provvede con i giudizii possessorii, che frenano, e frastornano le turbative.

In tutte le azioni reali si da il diritto di agire a colui che non possiede, appunto perchè a lui sia restituito il possesso

(1) Oldendorp. Class. 3 act. 4 n. 2.
(2) L. 16 17 D. de except.
(3) L. 16 de servit.
(4) Boehmer. de act. sect. II cap. II § 37 in not.
(5) Boehmer. dict. loc. in not.
(6) L. 10 § 1 D. si serv. vind.
(7) L. 4 § 4 D. eod.
(8) L. 7 D. si serv. vind.

assieme con la cosa (1): ma nella confessoria con esempio tutto particolare, questo diritto è dato a colui che possiede, cioè conserva il diritto alla servitù, il cui esercizio gli viene da altri attraversato. Lo spiegò Giustiniano: *Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes sustinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit* (2); ed erano i libri sotto i titoli *si usufructus petatur*. — *Si servitus vindicetur*. È poi nota la magistrale dottrina del Cuiacio il quale legge in questo luogo: *Sane hoc uno casu qui possidet, nihilominus etc.*; appunto per indicare la singolarità del caso che concorre nella azione confessoria. I dottori si sono affaticati per darne la ragione, andando in diversi sentimenti, ma un nostro esimio scrittore, che ne fa l'analisi, par che meglio di tutti sia riuscito nel rinvenirla, ed esporla in questi termini: *Hujus juris ratio ex eo petenda est quod non ut rei corporalis, ita incorporalis rei possessio in solo utentis facto posita sit, sed haec etiam consistit in patientia ejus, qui servitutem habet. L. 1 § ult. D. de servit. rust., ut proinde is cum primum desinit pati, possessionem nostram turbet atque interpellet, nosque videatur quodammodo deiicere de possessione* (3).

Alla azion reale *confessoria* si oppone la *negatoria*. *Haec actio realis est, primum ex jure libertatis, quam actor in re sua habet: non solum jure communi, verum etiam jure speciali, vel consuetudine. Deinde ex gravamine, quod reus contra ipsam libertatem tentat praetextu servitutis. Nam defensio libertatis justissima est, et merito habet juris remedium*, l'Oldendorpio (4).

Il fondamento di questa azione è posto in *jure prohibendi* (5), contra colui che pretende di esercitare una servitù, che a lui non compete; o di accrescerla al di là dei termini a lui competenti (6). E qui fanno al proposito gli art. 622, 623 LL. civ. L'attore qui niente è obbligato a provare, essendo egli in posizione precisamente negativa (7). E si verifica in questa azione ciò, che nelle altre sembra assurdo,

(1) L. 9 D. de rei vind.
(2) § 2 Inst. de act.
(3) Ved. Joseph. Cirill. ad Inst. pag. 124.
(4) Oldendorp. Class. 3 act. 5 n. 3.
(5) L. 11 D. si serv. vind.
(6) L. 4 § 7 L. 14 princ. D. eod.
(7) L. 25 Cod. de prob. L. ult. Cod. de rei vind.

cioè che nel giudizio, l'obbligo della prova resti a carico del convenuto.

Tutto il fin qui detto intorno alle azioni *confessoria*, e *negatoria* appartiene ai giudizii che nel *petitorio* si istituiscono sulle servitù. Ma in queste azioni, come in ogni altra azione reale si può agire nel petitorio, e nel possessorio. Nelle raccolte del diritto Giustinianeo, sul conto del *petitorio* si trova il titolo *D. si servitus vindicetur*. — *Si usufructus vindicetur*. E sul conto del possessorio si leggono gli *interdetti* al libro 43 del digesto. L'uso oggi dei giudizii petitoriali nelle servitù è meno frequente; per lo più si agisce in possessorio; ed in vece degli interdetti, abbiamo le azioni possessoriali, di che si tratta nella procedura civile, come a suo luogo sarà diffusamente esposto.

SEZIONE QUINTA.

DELLA IPOTECA, QUARTA SPECIE DEL *GIUS IN RE*.

In tre maniere possono oggi i creditori cautelarsi per conseguire ciò, che loro è dovuto; cioè, o col mezzo della fidejussione: di che si tratta nelle leggi civili art. 1883, e seguenti; o col mezzo del pegno, di che parlasi dall'articolo 1941 in poi; o finalmente col farsi costituire a loro pro una ipoteca, come è scritto nell'articolo 2000, ed in quelli, che sieguono. Col testamento si può costituire anche l'ipoteca (1). Ora questa ipoteca è appunto, che qui viene in proposito, mettendosi per l'ultima specie del *gius in re*, da cui emerge la quarta delle azioni reali.

Dai dottori, che seguivano i principii del diritto romano, si poneva il pegno per quarta specie del gius in re: *dominium, hereditas, servitus, pignus*. Noi qui al pegno abbiamo surrogata l'ipoteca, tenendo dietro alle disposizioni delle attuali nostre leggi civili. La differenza intanto è nei soli vocaboli, perchè la cosa è la stessa. Allorchè si dicea che il pegno era la quarta specie del *gius in re*, non si intendea parlare del pegno strettamente preso, come contratto, che quantunque reale, mentre col mezzo della cosa si perfeziona, partorisce però azione personale fra i contraenti;

(1) Stryk. de act. sect. II membr. 5 § 4.

ma s'intendea parlare del pegno costituito su gl' immobili, ossia della ipoteca, da cui nasce l'azione reale a pro del creditore.

Egli è noto, che per diritto romano il pegno era una voce generica, che includea anche l' ipoteca. *Est res omnis pro debito obligata;* il Donello sul testo di Giustiniano nel § 7 *Inst. de act.* (1). E trionfava allora il responso di Marciano: *Inter pignus, et hypothecam, tantum nominis sonus differt* (2).

Queste cose però valevano, quando parlandosi in materia, in vece di risalire alla stretta proprietà dei vocaboli, ed alla origine, ed indole della cosa, si rimirava piuttosto l' effetto della obbligazione, e la ragione della legge, che aveala inventata per cautelare i creditori, ed in questo senso si pronunciò ancora Giustiniano: *Inter pignus, et hypothecam, (quantum ad actionem hypotecariam attinet) nihil interest; nam de qua re inter creditorem, et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur* (3).

Onde a ragione ebbe a dire il Donello: *ad juris obligationem, et rationem nihil interest, quia nihilominus juris habet is, cui non est tradita possessio* (come è nella ipoteca) *quam cui est tradita* (come accade nel pegno), *sed tantundem uterque ex aequo* (4). Su questi principii, e sotto queste vedute adattate al pegno non si dubitava di riconoscere, e definire per pegno anche la cautela, che dà il debitore su gl'immobili, cioè l' ipoteca. *Is qui pignori dedit agrum*, è scritto nella legge 2 § 9 *de relig.*

Del resto le stesse leggi romane, allorchè serbavano strettamente la proprietà dei vocaboli, e guardavano l' origine, e la natura della cosa, distinguevano bene fra il pegno, e l'ipoteca (5). Le nostre leggi civili ora hanno seguito precisamente questa distinzione. È definito, che il pegno consiste soltanto in una cosa mobile che si dà al creditore: ed è stabilito, che nell'immobile non si riconosce pegno, ma ipoteca (6). Si è tolto a buon conto ciò, che i romani abusiva-

(1) Ved. Vinn. ad § 7 Inst. de act.
(2) L. 5 § 1 D. de pign. act.
(3) § 7 Inst. de act.
(4) Donel. tom. 6 pag. 859 ved. Vin. ad dict. § 7.
(5) Ved. i Dottori, e Gotifr. ad L. 5 § 1 D. de pign. act.
(6) Art. 1941 2000.

mente, per dire così, pronunciavano, e si è custodita strettamente la proprietà delle voci, che i romani stessi, allorchè ad essa attendevano, venivano a ravvisare. Onde oggi sono marcabili fra il pegno, e l' ipoteca quelle stesse notabili diversità, che le leggi romane, quando parlavano a rigore, aveano sanzionate.

Per diritto romano, e per le nostre leggi civili la ipoteca spira al tempo quando comincia l' azione del pegno: finisce l'ipoteca quando si è pagato il debito: per contrario l'azione pignoratizia, quando il debito si è pagato, e non si trova restituito il pegno. Dal pegno nasceva allora, e nasce anche oggi l'azione pignoratizia, che è personale, perchè figlia del contratto, e compete ad entrambi i contraenti. Essa era per diritto romano o diretta, o contraria. La diretta competeva al debitore dopo pagato il debito, ad oggetto di poter egli ricuperare il pegno unitamente ai frutti, se mai ve ne fossero (1). Ed a questo oggetto oggi sono usciti gli articoli 1952, 1953 leggi civili. La contraria compete al creditore, se per avventura il debitore gli avesse ritolto il pegno, senza pagare pria il debito, o se nella restituzione del pegno, lo avesse ingannato, o finalmente se vi fosse stato luogo a ripetere qualche spesa necessaria occorsa sul pegno stesso (2). Ed a ciò corrispondono oggi gli articoli 1948, 1950 leggi civili. Ma sotto questi rapporti l' azione pignoratizia non viene qui ora in oggetto, mentre essa non è nella classe delle azioni reali. Siamo alla ipotecaria; e seguitiamo perfettamente le teorie poste dal diritto romano, quando in esso della ipotecaria, a stretto linguaggio, si trattava.

Nel diritto romano si conosceva la Serviana, e la quasi Serviana, che erano nelle classi delle azioni ipotecarie reali. La prima veniva dall' editto del pretore, da cui anche improntò il nome: la seconda nacque a similitudine di essa. La ragione è detta elegantemente dal Vinnio: *Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatae erant, cum possessio earum apud alios esse coepisset. Hoc igitur, cum Praetori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore, seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quae postmodum eadem aequitate, sua-*

(1) L. 9 § 3 L. 3 Cod. de pign. act. L. 40 § ult. D. eod.
(2) Dict L. 3 L. 9 Cod. de ping act.

dente prudentum interpretatione, producta est, etiam ad alias causas, et species pignoris (1).

È già noto, a che si riferiva la Serviana, e la quasi Serviana. E noi possiamo riportarci su di ciò agli articoli 1971, 2060, e seguenti leggi civili, non che all'articolo 2073 nel senso di volere il terzo possessore rendere libero il fondo, che ha. Queste azioni sono reali; e lo erano anche per diritto romano: *Pignoris persecutio in rem parit actionem* (2); e qui la voce *pignoris* vale lo stesso, che *hypothecae*, come è meglio spiegato nella *L.* 18 *Cod. de pign.* Ma perchè mai, nascendo il diritto dal contratto, ne emerge poi l'azione reale? Lo dimanda benanche l'Oldendorpio, ed egli stesso ci risponde: *sed quare ista conventio* (cioè il contratto, con cui la ipoteca si stabilisce) *per expressum consensum, non producit actionem in personam? Respondeo: quia de pignore tractantes, non hoc intendunt, ut persona, sed ut res obligetur. Et sic jus quoddam in re velut pars dominii, a debitore constituitur creditori. Ergo non in personam ex hujusmodi conventione, sed in rem nascitur actio* (3). E da qui nasce, che questa azione ipotecaria non sia mai azione personale *scripta in rem minime vero actio pignoratitia* (4). È dunque reale questa azione per l'indole del contratto; ma essa è anche reale, perchè si rende esperibile contra qualunque terzo possessore, nel che sta la principale caratteristica delle azioni reali (5).

Nella quasi Serviana, oggi ipotecaria, il terzo possessore per effetto appunto del possesso, che ha della cosa immobile altrui obbligata, si rende passibile del *gius in re*. È classica la L. 16 § 3, D. de pign. *et hypoth.* dove di cotesto possessore appunto si parla, come di colui, che può essere convenuto con l'azione reale chiamata ivi dal giureconsulto revindicatoria. *In reivindicationibus pignoris:* e si dice, che il possessore, o colui, che con dolo ha lasciato di possedere, *pecuniam solvat, aut rem restituat;* dal che ha preso origine l'articolo 2062 LL. civ. espresso in questi termini:

(1) Vin. ad § 7 Inst. de act. n. 2.
(2) Leg. 17 D. de pign. et hypoth.
(3) Oldendorp. Class. 3 art. 10 n 2.
(4) Boehmer. de act. Sect. I cap. III § 5.
(5) L. Si fundus § in vindicatione D. de pign. L. officium D. de rei vind. L. actionum D. de obl. et act.

Il terzo possessore è tenuto a pagare. . . . . o a rilasciare l'immobile ipotecato.

Per lo privilegio poi del locatore nel perseguitare i beni mobili del suo conduttore (1), l'azione reale, che oggi compete, va di accordo con quello, che per legge romana era già stabilito. *Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constat* (2). La sola differenza, che passa fra la Serviana, e la quasi Serviana, è che con la prima si perseguitano gli immobili, con la seconda le cose mobili.

Le nostre leggi civili prescrivono, che l' ipoteca *non ha luogo fuori de' casi, e secondo le forme autorizzate dalla legge* (3). Dicono di più che *l'ipoteca, o è legale, o è giudiziale, o è convenzionale* (4). E spiegano finalmente, *che sono capaci di ipoteca, 1.° i beni immobili, che sono in commercio, ed i loro accessorii, riputati come immobili; 2.° l' usofrutto degli stessi beni, e de' loro accessorii pel tempo della sua durata* (5). Dunque ne' casi, che la legge prevede, e che meglio sono spiegati dall'articolo 2007, fino all'articolo 2019, può aver luogo la triplice ipoteca, legale, giudiziale, convenzionale, e ne possono fare oggetto i beni immobili, ed i loro accessorii, sia per la proprietà, sia per l' usofrutto. L' azione ipotecaria, che ne sorge è sempre reale (6), e va diretta contra il terzo possessore, meno pei mobili accessorii degli immobili, che passando in mano al terzo, si sottraggono a questa persecuzione reale (7).

Subito che l' azione ipotecaria è reale, ne nasce, che anche reale sia ogni azione, che tende così a far dichiarare l' ipoteca, che a farla cancellare, o ridurre (8). E con que-

(1) Art. 1971 LL. Civ.
(2) L. 9 Cod. qui pot. in pign.
(3) Art. 2001.
(4) Art. 2002.
(5) Art. 2004.
(6) *Ex isto jure pignoris nascitur actio hypothecaria in rem contra quemcumque possessorem . . . .*
Nihil interest, an hypotheca sit expressa, an tacita. Denique non interest an hypotheca sit constituta a lege in specie dicta, an a lege, quam vivam appellant, id est a magistratu. Bacovio de act. disp. III thes. 32 et seg.
(7) Art. 2005 LL. Civ.
(8) Art. 2051 e seg. Civ.

sta azione reale, vengono eziandio ad essere animati i giudizii con i quali si rendono libere le proprietà dai privilegii, e dalle ipoteche ai termini del disposto nell'art. 2075, e seguenti LL. civ.: non che nell'articolo 2093, e seguenti delle stesse leggi.

Si è detto qui che l'azione pignoratizia nascente dal contratto, che ha luogo tra il debitore ed il creditore è personale: e che all'opposto l'azione ipotecaria nascente anche dal contratto, ma esercibile contra il terzo, sia azione reale. Può sorgere intan o la curiosità di sapere, perchè mai i dottori han sempre trattate queste due azioni congiuntamente; ed in modo da far credere che appartenessero ad una sola classe. È avvertito anche ciò dal grande Oldendorpio; ma è da lui spiegato nei seguenti termini, che rimuovono ogni dubbio, e restano le cose nella loro indipendenza, ed integrità naturale.

Sed quaeres quam ob rem tractetur ista actio, (pignoratitia) in hac classe, quae lites de rerum dominiis complectitur; cum potius in classem personalium actionum ex contractibus referenda videretur? Respondeo: cohaerent adeo istae pignorum controversiae, ut si separes eas, eversurus sis commodam illius materiae cognitionem: nec facile investigabis, quaenam tibi in controversis pignoribus competat formula, nisi totam uno in loco conspicias seriem actionum, quae pignoratitio juri deserviunt. Satius igitur fuit contractum rebus misceri; quam interrupta materia, neque rerum, neque contractuum plenam habere explicationem (1).

(1) Oldendorp. Class. 3 act. 12 n. 2.

CAPITOLO QUARTO.

DELLE AZIONI PERSONALI.

Art. xxi. L'azione personale è quella, che dà il diritto a convenire in giudizio la persona che è obbligata a dare, a fare, o non fare qualche cosa, per astringerla ad essere adempiente.

Essa è diretta ancora ad ottenere la rifazione dei danni, ed interessi nel caso di non seguito, o di ritardato adempimento.

Ed è esperibile eziandio contra gli eredi dell' obbligato.

Art. xxii. L'obbligazione che dà causa all'azione personale, può nascere così dalla legge civile senza fatto espresso obbligatorio dell' uomo, come da un fatto positivo dell'uomo, capace ad obbligarlo civilmente.

Art. xxiii. Le azioni personali nascenti dalla legge civile senza fatto espresso obbligatorio dell'uomo, o hanno appoggio sulla naturale equità, che la legge stessa riconosce e protegge, o hanno appoggio sulla nuda e semplice sanzione della legge, che così sovranamente impera.

Art. xxiv. Dalla naturale equità riconosciuta, e protetta dalla legge civile, discendono le seguenti azioni :

1. Quelle, che tendono a far arrestare, o far esibire un oggetto, sul quale si vanta proprietà, o un diritto qualunque :

2. Quelle con le quali si costringono i pubblici funzionarii, o altre persone, che hanno l'ob-

bligo per legge di esibire carte pubbliche, o private, che riguardano l'interesse del richiedente:

3. Le azioni che danno luogo a dimandare in giudizio la esibizione, e la comunicazione dei documenti, sopra i quali appoggiano le ragioni delle parti litiganti:

4. Quelle che sostengono il diritto a ritenere ciò, che per sola obbligazione naturale si è pagato:

5. Tutte le azioni alimentarie, nelle quali si implora il nobile ufizio del giudice:

6. Le azioni, che danno diritto ai figli ad essere nudriti, mantenuti, ed educati dai loro genitori; non che quelle che competono alle figlie per reclamare le doti:

7. Tutte le azioni possessorie nascenti dagli interdetti di ritenere, o di ricuperare, in ogni caso di turbativa, o di spoglio:

8. Le restituzioni in intiero dei minori fatti maggiori: L'annullamento degli atti degli interdetti ai termini dell'art. 426 LL. civ. E tutte le azioni di nullità, e di rescissioni nelle convenzioni, e nei contratti, quando vi concorre errore, violenza, o dolo:

9. L'azione a pretendere ciò che senza causa si è pagato, o per causa falsa, o illecita:

10. L'azione che dà luogo alla ripetizione di quello che fu pagato senza essere dovuto, sia che per errore, sia che scientemente si fosse esatto:

11. L'azione che dà diritto a ritenere i frutti percepiti con buona fede:

12. L'azione a rivocare le donazioni per la sopravvegnenza dei figli del donante, o per la le-

gittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale nato dopo la donazione; o finalmente per causa d'ingratitudine ai termini dell'art. 880 LL. civ.:

13. L'azione che ha il tutore contra il minore per essere fatto indenne delle spese necessarie, ed utili fatte durante la tutela:

14. Tutte le azioni che hanno i vicini per la sola circostanza del vicinato, a chiedere il mantenimento, le ricognizioni, e le riparazioni necessarie dei muri, delle siepi, e delle fosse comuni: ad acquistare la comunione del muro contiguo, o della parte che vuol rendersi comune, o la metà del valore del suolo su cui il muro è costrutto: a chiedere lo stabilimento dei termini di confine delle proprietà contigue: ad aprire le luci, o finestre nel muro contiguo non comune, con inferriate ed invetriate fisse: a dimandare il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione del proprio podere, che si trovi chiuso da ogni lato senza avere alcuna uscita alla pubblica strada: E cose simili:

15. Tutte le altre azioni con le quali si vuol impedire, sotto la protezione della legge, che taluno si arricchisca indoverosamente col danno altrui.

Art. xxv. Discendono puramente, e semplicemente, dalla legge per effetto della sola sua sanzione le seguenti azioni:

1. Quella con la quale si reclama libera ed intera la quota legittima nelle successioni da coloro, a cui la legge l'attribuisce:

2. Le azioni che hanno gli eredi nel concorrere ad una eredità, a dimandare dal loro coerede la collazione di tutto ciò che abbia egli ricevuto dal defonto per donazione fra vivi; o di fargli ritenere le cose donate fino alla concorrenza della quota disponibile:

3. Le altre azioni che sono date agli eredi, a vantaggio dei quali la legge ha stabilito la riserva, loro eredi ed aventi causa, per chiedere la riduzione delle disposizioni tra vivi, o a causa di morte, le quali avessero ecceduta la porzione disponibile:

4. L' azione ipotecaria legale accordata alle mogli sopra i beni dei loro mariti; ai minori ed agl' interdetti sopra i beni dei loro tutori; allo stato; ai comuni, ed ai pubblici stabilimenti sopra i beni degli esattori, ed amministratori obbligati a render conto:

5. L'azione che ha la moglie, o i suoi eredi dopo sciolto il matrimonio a ripetere la dote dal marito, il quale non fu diligente ad esigerla fra un decennio dal tempo in cui ne venne fatta la promessa:

6. L' azione a prendere, ed a sostenere in giudizio l'ipoteca giudiziale che deriva dalle sentenze, e dagli atti giudiziali:

7. L'azione che vi è a far dichiarare vuote di effetto le iscrizioni prese delle ipoteche, e dei privilegii, allorchè pria di trascorrere il decennio dal giorno della loro data non si trovino rinnovate:

8. Le azioni a sostenere tutte le servitù sta-

bilite dalla legge per oggetto della utilità pubblica, o comunale:

9. Le azioni privilegiate, che competono ai creditori contra i successori ai maioraschi, ai termini dell'art. 960 LL. civ.:

10. Le azioni con le quali si astringono i tutori, e gli altri amministratori, i quali non possono ricusare di prestarsi alle funzioni che loro vengono conferite.

Art. xxvi. L'azione personale che nasce dal fatto obbligatorio dell'uomo ha luogo:

1. In tutti i contratti che hanno per legge una propria denominazione:

2. Nei contratti innominati:

3. Nei quasi-contratti:

4. In ogni patto, e convenzione riconosciuta, o non disapprovata dalla legge:

5. Nei delitti, e nei quasi-delitti.

In quest' ultimo caso l'azione compete anche contra gli eredi, quando ad essi sia pervenuto utile dal fatto illecito del loro autore.

Art. xxvii. L'azione di garanzia in caso di evizione è personale, e si esercita dal compratore, o da chi lo rappresenta, contra il venditore, o colui che lo rappresenta, sia a titolo universale, sia a titolo particolare.

Essa è accessoria, o principale. Si reputa accessoria se viene intentata, e proseguita contemporaneamente alla azione di evizione, e nella medesima istanza: diviene principale quando è segnatamente intentata, e proseguita in giudizio.

Art. xxviii. Vi è l'azione personale reale *scripta*

in rem, nel caso in cui un diritto nascente da obbligazione personale si rende esperibile direttamente anche contra il terzo che possegga i beni obbligati, malgrado che non vi sia fatto suo proprio, che lo abbia indotto in obbligazione.

In queste azioni il foro competente è quello della cosa sita.

Art. 29. Sono personali reali:

1. Le azioni, che competono ai creditori per impugnare gli atti fatti dai loro debitori in frode delle loro ragioni:

2. Le azioni, con le quali si attaccano i contratti per causa di violenza e di timore:

3. Le azioni tendenti a fare esibire gli oggetti, che si trovino presso chiunque, sopra i quali si vanta proprietà, o altro diritto:

4. Le azioni, che hanno i vicini ad allontanare dai loro fondi lo stillicidio, e lo scolo delle acque piovane.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO QUARTO.

SEZIONE PRIMA.

DELLA DEFINIZIONE DELL' AZION PERSONALE, E DEI SUOI DIVERSI CARATTERI, CHE LA DISTINGUONO DALLA REALE.

Nelle azioni reali, che tutte nascono dal *gius in re*, due sono gli estremi, che debbono concorrere, cioè il *gius in re* dalla parte dell'attore, ed il possesso dalla parte del reo. E nelle azioni personali, che tutte scaturiscono dalle obbligazioni, anche due estremi debbono verificarsi, cioè il *jus creditoris* dalla parte dell' attore, e l' *onus debitoris* dalla parte del reo convenuto, come bellamente si esprime Ulrico Ubero (1). Quindi nella definizione della azione personale dovendosi enunciare queste idee, bene è detto, che essa comprende il diritto di astringere la persona a dare, a fare, o non fare qualche cosa; nel che si viene a seguire la definizione stessa, che ne diede Ulpiano, e dopo di lui l' imperadore Giustiniano: *in personam actio est, qua cum eo agimus qui obligatus est nobis, ad faciendum aliquid, vel dandum* (2). *In personam actiones, quibus dare aut facere oportere in enditur* (3).

Ed in verità l'indole della obbligazione, da cui le azioni personali emergono, è appunto quella di astringere le persone a dare, a fare, o non fare qualche cosa: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt* (4).

Il *dare* importa qui traslazione di dominio (5); ed il *facere* importa precisamente un fatto, una tradizione.

Alla obbligazione dunque di dare, o di fare corrisponde l' azione personale, nella quale si dice di più, che vi è il diritto a pretendere ancora di non fare; mentre può esservi obbligazione tanto a fare, quanto a non fare qualche cosa. Nell'uno, e nell'altro caso non varia il diritto di colui, che della obbligazione si giova, e ne trae l'azione. *Non facere,*

(1) Huber. Inst. lib. IV tit. 6 n. 4.
(2) Leg. 25 D. de obl. et act.
(3) § 15 Inst. de act.
(4) L. 2 princ. D. de verb. obl.
(5) L. 75 § 10 D. de verb. obl.

et facere eadem effectu esse, et retro, facere, et non facere; sic ut actioni ex stipulatu semper locus sit, poenaque committatur (1). Ed il Giureconsulto nella *L.* 60 *D. de condit. et demonstr.* avea detto: *ut quid detur, ut quid fiat;* ed avea spiegato, che il *fiat* potea portare a stipulazione così affermativa, che negativa: *fiat, vel non fiat . . . . qui id quod in faciendo stipulatur.* Ma nelle nostre attuali leggi civili art. 1055 il tutto è detto chiaramente: *Il contratto è una convenzione, con la quale una, o più persone si obbligano verso una, o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa.*

Il fatto però, che o affermativamente, o negativamente può trovarsi nella obbligazione, allorchè con l'azione si viene a chiedere, può risolversi in rifacimento di danni, ed interessi. Nella obbligazione di fare, dove si trova l'origine della azione, sta sempre il fatto con l'obbligo preciso di doversi adempiere: ma nello sperimento della azione non potendosi, o non volendosi prestare il fatto, resta surrogato ad esso l'obbligo del rifacimento de' danni. Questo intanto non altera punto la definizione della azione, la quale sta sempre bene, esprimendo soltanto il diritto di astringere al fatto, e non estendendosi ai danni, ed interessi. La ragione si è, perchè al tempo della dimanda, con cui l'azione si deduce in giudizio è ignoto se il reo possa, o voglia realmente fare ciò, a cui si è obbligato. L'azione quindi è sempre bene definita, mentre lo richiama a questi doveri, che corrispondono alla sua obbligazione. Dopo la contestazione poi fatta in giudizio, scuoprendosi o la impossibilità del reo, o la sua contumacia nello adempiere al fatto, questa sua condotta, che sopravviene, fa risolvere l'obbligazione di fare, in rifacimento di danni. Cambia dunque l'obbligo pel nuovo fatto del reo, e quindi si cambia l'istanza della causa, ma l'azione fu sempre bene da principio intentata, e restò ben definita: *Sed recte dicemus, hac formula, aio te facere oportere nudam contineri intentionem actoris, quae litem contestatam praecesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud Praetorem proponendum; et quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubie a Praetore quoque insertum fuit formulae, hoc forte*

(1) Gotofr. Op. minor. pag. 1047.

modo: Si paret Maevium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest condemnetur: Praetore ex hypothesi facti promissi, et probati dirigente jussionem de condemnando, non in ipsum factum, sed in id, quod interest (1).

Ed è perciò, che nella dimanda giudiziale, in cui l'azione si deduce, allorchè si tratta di chiedere l' esecuzione di un fatto, si accoppia anche subordinatamente la istanza per i danni, ed interessi, i quali virtualmente contengonsi nella azione che va a dedursi. Allora si avvera che l' azione personale, nello sviluppo del giudizio viene ad essere anche diretta al rifacimento dei danni ed interessi. Per questa ragione appunto noi qui nel piantare l' articolo sulla definizione della azione personale abbiamo aggiunto il comma: *Essa è diretta ancora ad ottenere la rifazione dei danni ed interessi, nel caso di non seguito, o di ritardato adempimento.*

Resta intanto il dubbio, se la definizione della azione personale da noi espressa nel modo già detto, sia veramente esatta, o pure possa credersi monca e difettosa, come già i dottori hanno voluto avvertire sul testo di Giustiniano nel rapportato § 15 delle Instituta: *In personam actiones, quibus dare aut facere oportere, intenditur.* Si è censurata questa definizione, perchè mentre in essa parlasi dell' obbligo di dare, o di fare, al cui adempimento l' azione personale principalmente è rivolta, con queste due espressioni soltanto non si abbracciano tutte le altre obbligazioni, che a tutto il resto delle azioni personali possono dar fondamento. *Nam illae, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque, et maxime quibus dare, iis, quae in speciem dicuntur condictiones: Sunt vero et aliae aliis in personam actionibus accomodatae, quibus nec ut quid nobis detur, proprie, nec ut fiat, petimus: Sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere, aut restituere oportere; ut in actione commodati, depositi, pignoratitia.* Il Vinnio (2).

E sparso così il dubbio nella cosa, si è dato un passo in dietro nelle istesse Instituta di Giustiniano al § 1 *de act.*, dove, parlandosi delle azioni personali, si vede fatta una

(1) Vinn. ad § 1 Inst. n 13 Ved. Bachov. disp. IV thes. 1 pag. 120.
(2) Vin. ad § 1 Inst. de act. n 14 Ved. Bachov. disp. IV Thes. 1 tit. 6.

soggiunta al *dare, facere oportere*, in questi termini: *quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus, adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis*. Si è detto dunque che in questa appendice: *et aliis quibusdam modis*, viene a contenersi l' ampliativa della definizione, così che vada poi ad abbracciare tutte le altre specie di obbligazioni, che possono immaginarsi. I modi indefiniti, che si disegnano sotto il *quibusdam*, non hanno limitazione, e si estendono a tutte le obbligazioni che sono nel novero dei possibili. In questa opinione sono Francesco Ottomano, il Minsingero, ed il Bacovio, il quale ultimo si esprime così: *Ut existimari possit, Justinianum dicto* § 1 *adjecisse haec verba, et aliis quibusdam modis, ut haec ad illas actiones referrentur, quibus illa formula non quadrat, cum praesertim in tanta diversitate actionum personalium, certa, et ex aequo omnibus competens formula dari nec posse videatur. Et hinc formulas illas ordinarias referemus ad condictiones, quae praecipuam partem faciunt actionum personalium* (1). La stessa opinione è seguita dal Vinnio, e da Ulrico Ubero (2).

Per contrario sotto le rapportate parole di Giustiniano, *aliis quibusdam modis*, il Vultejo intese adombrate le azioni pregiudiziali, il Donello intese i delitti, ed i quasi-delitti, ed il Cuiacio, seguito dal Wissembachio, volle intendere le azioni personali *scriptae in rem*; così che in mezzo a questa discrepanza di opinioni la cosa è rimasta nel dubbio, *et adhuc sub judice lis est*. Certamente ogni opinione ha i suoi appoggi, e lo stesso Ubero, che si determina, a seguire l'Ottomano, ed il Vinnio, soggiugne. *In qua explicatione libenter adquiescimus, tametsi forte nec reliquae interpretationes omnino reiiciendae fuerint* (3).

Noi intanto, che nel presente trattato anderemo a seguire la opinione del Cuiacio, e del Wissembachio, ritenendo che Giustiniano nelle espressate parole, *et aliis quibusdam modis*, volle adombrare le azioni personali *scriptae in rem*, siamo obbligati ad arrestarci alla definizione della azion personale da lui data al § 15 nel modo già di sopra espresso, che non eccede la formola: *in personam actiones, qui-*

(1) Bacov. dict. Disp. IV Thes. 1 tit. 6.
(2) Hub. ad tit. Inst. de act. n. 6.
(3) Huber. dict. loc.

bus dare aut facere oportere intenditur. E crediamo che generalmente pel conto delle azioni personali qualsivogliono, il tutto si riduca a dare, fare, o non fare, qualche cosa. Abbiamo ammirata la definizione che ha voluto adottare il signor Henrion de Pansey rinomato giureconsulto, nel suo trattato de la Competence des Juges de paix nei seguenti termini: « Les actions personelles, sont celles par lesquel-« les nous agissons contre quelq'un pour le forcer à exécu-« ter les engagemens qu'il a pris avec nous, ou pour obtenir « de lui la réparation des dommages qu'il nous a causé (1) ». Ma qui, cambiato solamente il suono delle parole, tutto può ridursi al dare, o fare, qualche cosa; anzi non compreso espressamente l'obbligo di non fare. Abbiamo letto ancora attentamente l'altra definizione, che trovasi nel progetto sulla materia delle azioni, e delle eccezioni dato fuori al 1809 dalla Corte di Cassazione di Francia, che, secondo la traduzione fatta in Milano, è così espressa: *L'azione personale è quella per cui si agisce giudizialmente contra colui, che ci è personalmente obbligato in virtù di una obbligazione convenzionale, o di un obbligo senza convenzione. Essa ha per oggetto ogni sorta di prestazioni, o la nullità, o la rescissione di un'atto illegale, o illegittimo, o la riparazione di qualche danno* (2). Ma qui ancora, salvo tutto il rispetto dovuto ai sommi uomini che ne furono gli autori, sembra che tolta di mezzo una soverchia ricerca di espressioni, la quale particolarizza dei casi, e non s'impegna nella generalità dell'oggetto che si definisce, la cosa par che vada a ridursi alle sole idee relative all'obbligo di dare, fare, o non fare. Finalmente non ci è sfuggita l'ultima definizione adottata dal signor Poncet scrittore egregio del Trattato delle azioni, il quale per nostra buona sorte combina perfettamente con le nostre idee. Egli dice: *L'azione personale è quella, che si esercita contra il tale individuo, personalmente obbligato a dare, a fare, o non fare qualche cosa, a fine di farlo condannare ad adempiere la sua obbligazione.*

E vaglia la verità, è ben conosciuto in legge, che sotto i due verbi *dare et facere* si contenga un' ampio significato,

(1) Henrion chap. XI.

(2) Ved. Teorie delle azioni, e delle eccezioni. Milano 1809 Sez. I.

che può abbracciare indefinitamente ogni atto che importi fatto preciso, oppure tradizione, restituzione ec. ec. In quanto al *dare* è scritto espressamente in due luoghi del Codice Giustinianeo, e nel Digesto, che importa anche *tradere* (1). Ed in quanto al *facere*, così si spiega il giureconsulto Papiniano: *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi* (2). Ed a questo modo nel *dare*, e nel *facere* di Giustiniano si trovano il *tradere* ed il *restituere*, che dee verificarsi nel commodato, nel deposito, e nel pegno.

Poi, per quello che oggi riguarda noi, bisognerebbe cominciare a correggere l'articolo 1055 delle leggi Civili; ove dandosi la definizione generale dei contratti, e delle convenzioni, dalle quali certamente le azioni personali scaturiscono, si dice: *Il contratto è una convenzione, con la quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o non fare qualche cosa.* Il legislatore qui ha in veduta tutte le convenzioni che generalmente definisce, e certamente vi abbraccia il commodato, il deposito, il pegno, nei quali contratti si dee consegnare e si dee restituire. Allorchè poi il legislatore passa a parlare di questi particolari contratti, si serve delle espressioni di *restituire*; ma è nello spirito della legge, che la restituzione espressa letteralmente nel caso particolare, sia virtualmente compresa sotto le generali espressioni adoperate nella generica definizione dei contratti.

Finalmente, tornando, a Giustiniano, non troviamo noi ragione a persuaderci, che egli al § 15 delle Instituta volle parlare soltanto delle così dette *condictiones*, e che nel § 1 sotto la soggiunta *et aliis quibusdam modis*, intese estendersi a tutte le altre specie di azioni personali. Se ciò fosse, lo avrebbe egli stesso spiegato al § 5, dove appunto versò sulle *condictiones*, e precisamente spiegò tutto quello che per diritto civile allora valeva sul conto di questa tecnica voce, *condictio*, dimostrativa di una specie di azioni personali. Basta leggersi il § 5 per restarne convinto.

Sta dunque ben esatta, compiuta, e non censurabile la definizione della azion personale nel modo da noi espresso.

(1) L. unic. Cod. de Thesaur. L. 5 § 12 D. commod.
(2) L. 218 D. de verb. sign.

Come poi le azioni personali differiscano dalle reali, fu detto già, e spiegato da Ulpiano nella classica *L.* 25 *D. de obl. et act. Actionum genera duo sunt, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum. Et semper adversus eumdem, locum habet* (1). Ecco qui definita l'azion personale in contrapposizione alla reale, e marcata la differenza, che passa fra esse entrambe.

Il Cuiacio nel determinare l'oggetto, e gli effetti della azion personale, posti al confronto della reale, si spiega in questi termini: *In rem actio solum possessorem tenere, non debitorem. Intenditur enim adversus eum, qui nihil debet, idest qui nullo jure obligatus est* § 1 *Inst. de act. Intenditur in personam, quae possideat rem alienam quasi dominus. Proinde mutato possessore, mutatur etiam adversarius; et judicium transfertur in novum possessorem, nec semper adversus eumdem datur; sed prout ambulat possessio, ita et ambulat actio, et subinde mutat adversarium. Actio autem in personam, ait* (Ulpianus) *semper dari creditori adversus debitorem ei obligatum ex contractu, vel ex delicto, vel ex aliis causis, quae his proximae, et adfines sunt: nec in hoc judicio unquam mutari adversarium, sed id semper dari adversus eumdem, vel adversus heredem ejus. . . . actio ergo in personam semper adversus eumdem dari* (2).

Ed il Boemero con più precisione, ma con maggior dettaglio fra queste due azioni si pronuncia così: *Natura realium est* (1) *quod tantum ei dentur, qui jus in re habet: adeoque* (2) *illud probare debeat:* (3) *dentur contra omnem possessorem, et sic exceptio plurium heredum cesset:* (4) *extincta re, evanescant:* § 25 *Instit. de rer. divis.* (5) *praescriptionum terminum accipiant ex ipsarum rerum usucapione:* (6) *dentur ad declarationem juris in re, quippe quod ab adversario in dubium vocatur:* (7) *Instituantur potissimum in foro rei sitae. Natura persona-*

(1) L. 25 D de obl. et act.
(2) Cuiac. tom. 8 pag. 353 in fin. 354.

lium est (¹) *quod dentur eis, qui jus ad rem ex alterius obligatione habent:* (²) *adversus eum duntaxat, qui nobis obligatus est, non quemvis possessorem, adeoque in his exceptio plurium heredum attendatur:* (³) *durent, licet res extincta fuerit:* (⁴) *et quidem ordinarie detur intra* 30 *annos* (⁵) *ad declarandum alterum dare vel facere oportere:* (⁶) *quod instituantur in foro domicilii, contractus, vel delicti* (1).

A buon conto la distinzione comincia dai vocaboli — *jus in re: jus ad rem:* sebbene qui, come avverte l'Ubero, si segue la dicitura del diritto canonico, e non già del diritto civile. *Canonistae Doctores inculcant alios; aiunt enim, omne jus vel in re esse, vel ad rem, cap.* 8 *de concess. praeb. in* 6 *et cap.* 40 *de praeb. in* 6 *quemadmodum latius apud eos, qui volumina de jure in re, et ad rem publicarunt, videre licet. In jure Romano haec oppositio terminorum nusquam reperitur, neque a purioribus hujus saeculi interpretibus usurpatur, quod utrumque argumento est, eam neque elegantem esse, neque necessariam; sed qui jus in rem, et in personam dicere contenti sunt, loquuntur tersius, et loquuntur plenius* (2). In fatti nel rapportato passo di Giacomo Cuiacio si legge: *In rem actio: actio in personam.*

Ma che che sia dei vocaboli, in quanto alla cosa, tutta la teoria sta in queste proposizioni. Nelle azioni reali non si guarda obbligazione, ma possesso (3): nelle personali non si ricerca possesso, ma obbligazione. E quindi le azioni reali si indirizzano sempre contra il possessore, le personali contra le persone obbligate: Nelle reali la ragione di agire sta nel possesso: nelle personali è riposta nella obbligazione, che è attaccata alle persone, *cujus ossibus inhaeret, ut lepra leprosum*, al dir dei dottori, e passa ai loro eredi. E di qui è che Teofilo ebbe a dire, che la obbligazione è la madre delle azioni, intendendo già delle personali; mentre essa le produce, ed in certo modo le partorisce in giudizio, secondo l'espressione del giureconsulto Paolo (4).

(1) Boehm. de act. sect. I cap. III §§ 3 e 4.
(2) Huber. digress. lib. IV cap. IV.
(3) L. 17 D. de pign et hypot. L. huic Cod. de alienat. iudic. mut. caus.
(4) L. 42 § 1 D. de procur.

SEZIONE SECONDA.

DELLE VARIE SPECIE DELLE AZIONI PERSONALI.

Siccome la causa delle azioni personali è tutta riposta nelle obbligazioni; così le loro diverse specie vanno appresso alle varietà, ed alle distinzioni che nelle obbligazioni, si ravvisano. Però egli è a premettere, che mentre ogni azione personale è figlia delle obbligazioni, non ogni obbligazione per contrario è madre feconda di azioni. Le obbligazioni si estendono là dove non sempre giungono le azioni; lo che ha bisogno di particolare sviluppo.

L'obbligazione è un vincolo di diritto, che lega gli uomini l'uno verso l'altro a dare, a fare o non fare qualche cosa. Cotesto vincolo dee trovar sempre la ragione nella legge; altrimenti non può essere obbligatorio. La legge civile che riconosce, e protegge tali vincoli è sempre uniforme in questi casi alla legge naturale, da cui prende forza e vigore; ma non per contrario; mentre la legge naturale riconosce delle obbligazioni, che la legge civile non protegge. Di queste obbligazioni meramente naturali fanno menzione le leggi civili art. 1188. Più: le obbligazioni o vengono direttamente, ed immediatamente dalla legge, senza fatto alcuno obbligatorio dell'uomo; o vengono col mezzo di questo fatto, che però dalla legge stessa sia riconosciuto, e protetto. Nel primo caso l'obbligazione può essere o puramente naturale, o puramente civile, o mista, secondo che essa è dettata o dalla legge naturale solamente, o dalla sola legge civile, o da esse entrambe che si combinano insieme. Nel secondo caso riguardante il fatto obbligatorio dell'uomo addiviene altrettanto, perchè cotesto fatto, che è in mezzo, si può presentare sotto un triplice aspetto, come riconosciuto dalla sola legge naturale, o dalla sola legge civile, o da esse entrambe.

Questi sono i principii che si confanno alle obbligazioni. Nelle azioni in alcuni casi essi convengono, in altri no. Ogni azione viene dalle leggi, cioè dee essere dalla legge dettata, ed approvata, egualmente che l'obbligazione, da cui essa emana. E qui le cose sono di accordo. Ma nelle obbligazioni imperano due leggi, cioè la naturale, e la civile:

nelle azioni impera la sola legge civile, mentre non è data azione civile per le obbligazioni puramente naturali. Più: vi può essere azione civile anche quando non vi è che semplice obbligazione civile senza concorrervi l'obbligazione naturale; come sarebbe nelle ipotesi di una ingiusta sentenza passata in cosa giudicata, la quale, ciò malgrado, dalla legge civile è protetta, e porge l'azione *ex re judicata*. Quindi se l'azione viene direttamente dalla legge senza fatto obbligatorio dell'uomo, per legge allora s'intende la sola legge civile, il cui dettame presenti un' obbligazione o mera civile, o mista. Se l'azione appoggia a fatto obbligatorio dell'uomo, cotesto fatto debbe essere riconosciuto, ed approvato parimenti dalla legge civile, come produttivo di azioni: e si esclude ogni altro fatto, che per sola legge naturale possa indurre obbligazione. La ragione si è, perchè lo sperimento dell'azione è un mezzo puramente civile, e non è un mezzo naturale da chiedere in giudizio l'adempimento delle obbligazioni (1).

Su questi principii è basata tutta la teoria delle azioni personali, le quali, mentre nascono dalle obbligazioni, non includono però, se non le sole obbligazioni, che la legge civile riconosce; e non ammettono fatti obbligatorii dell'uomo, se non quelli che dalla legge stessa civile sono protetti. E perciò Giustiniano nel definire l'obbligazione, come quella che era produttiva di azione civile disse: *est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura* (2). Nel dire *juris vinculum* intese parlare del diritto civile, mentre il vincolo nascente dal diritto naturale, è chiamato *vinculum naturae et equitatis* (3); e nel soggiugnere *secundum nostrae civitatis jura*, restrinse l'intelligenza generale delle obbligazioni a quelle soltanto, che dal diritto civile si riconoscono, per farle produttive di azione. Egli spiegò che il vincolo, di cui parlava, portava necessità di adempimento: *quo necessitate adstringimur*; e questa necessità all'adempimento col pericolo di esservi astretti, non verrebbe a noi per effetto della obbligazione, se dalla obbligazione non nascesse l'azione, capace a tradurci in giudizio, e farci condannare. *Quae ne-*

(1) Ved. Bacovio Thes. XII. in not.
(2) Princ. Inst. de oblig.
(3) L. 45 § 4 D. de solut. L. 84 § 1 de reg. jur.

cessitas in eo consistit, ut nisi obligatus prestet id quod debetur, jure, judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compelli. Il Vinnio (1). Ed il Cuiacio: *Obligatio igitur definitur ea tantum, quae nos adstringit necessitate ex causa aliqua civili, et legitima. Quia non quaelibet causa necessitatem parit, vel actionem.*

Dalle cose premesse risulta, che le azioni personali debbono trarsi da due fonti, avuto riguardo alle obbligazioni, da cui sono animate, cioè o dalla legge, o dal fatto obbligatorio dell' uomo; come si vede già posto in massima nelle nostre attuali leggi civili, art. 1324. I dottori con termini tecnici han chiamate *native* le azioni dipendenti dal fatto obbligatorio dell' uomo, e *dative* quelle che nascono dalla legge (2).

Intanto non ignoriamo che vi sono degli scrittori legali, i quali han voluto guardare le azioni personali sotto un triplice aspetto, ritraendole cioè 1.° dalla equità naturale, 2.° dalla legge, 3.° dal fatto obbligatorio dell' uomo. Ma questa opinione, salvo tutto il rispetto dovuto ai suoi fautori, oltrechè non è uniforme ai principii della nostra attuale legislazione, non si rende anche perfettamente legale sotto il primo rapporto che presenta. L'azione civile, per le cose già dette, non può mai sorgere dalla sola equità naturale, che è protetta dal diritto della natura, e delle genti, senza l'accompagnamento della legge civile. La nuda e semplice obbligazione naturale lega gli uomini per le regole della onestà, e nel foro della coscienza; ma non obbliga civilmente (3). Ne diede un esempio il giureconsulto Ulpiano, il quale non accordò azione contra il possessore della eredità per la sola obbligazione naturale ad αντιδωρα (4). Nel foro civile si richiede la obbligazione civile, *giusta*, al dir del Donello (5); cioè quella che contiene in se la ragion naturale, e la civile congiuntamente. Per la ragion naturale essa è giusta, per la ragion civile, essa è legittima a produrre il vincolo che porta la necessità dell'adempimento. E quin-

(1) Vin. ad princ. Inst. de obl.
(2) Stryk. tom. II disp. 16 cap. I Boehm. de act. sect. II cap. V § 5.
(3) L. 45 D. de pact.
(4) L. 25 § 11 de hered. petit. Ved. Bruneman. ad dict. L. Duaren. ad tit. de condict. indebit. cap. VI.
(5) Donel. de jur. civ lib. XII cap. IV n. 1.

di essa risulta una obbligazione mista, da cui solamente può nascere l'azione. Ed è da qui, che la legge, allorchè parla della obbligazione *absolute, ac simpliciter*, intende sempre della obbligazione civile mista, che si contropone alla naturale (1); siccome parlando del debitore, che da questa obbligazione è ligato, intende di colui, *a quo invito exigi pecunia potest* (2).

Se dunque non ogni obbligazione, nascente dalla equità naturale è protetta dalla legge civile, non è necessario di riguardare l'azione personale nel primo suo aspetto sotto il rapporto della naturale equità. Sarà ciò vero, ma quando vi concorre il diritto civile, come da qui a poco vedremo; ed allora tutta la forza viene dal diritto civile, e non dalla equità naturale. Si senta il Boemero: *obligatio omnis ultimo descendit ex lege, cujus est, necessitatem seu vinculum, quo ad aliquid praestandum adstringatur debitor, eidem imponere. Hac deficiente, obligatio externa in foro civili deficit, ut ex regulis honestatis, quae a lege civili specialiter haud confirmata est, obligatio interna producatur, destituta effectibus civilibus* (3).

Resta dunque fermo, che ogni azione personale o viene dalla legge assolutamente, e direttamente, o viene dal fatto dell'uomo, che la legge stessa riconosce, e protegge. Con questa regola può fissarsi la principale divisione delle azioni personali, riducendosi a queste due classi. Se non che trattandosi della prima classe, questa si suddivide in due specie, mentre vi sono delle azioni personali, che sono protette dalla legge sull'appoggio della naturale equità, e vi sono delle altre, che la legge sola riconosce, ed introduce non per principio di equità naturale, ma per forza sovrana, ed assoluta della sua sanzione. Noi parleremo di queste classi, e di queste specie ripartitamente.

(1) Donel. dict. loc. n. 2.
(2) L. 108 D. de verb. sign.
(3) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 3.

SEZIONE TERZA.

DELLE AZIONI PERSONALI, CHE NASCONO DALLA LEGGE SULL'APPOGGIO DELLA EQUITA' NATURALE.

1. In primo luogo si presenta qui l'azione *ad exhibendum* (1); la quale per diritto Romano dava luogo ad un giudizio preparatorio alla revindicazione delle cose mobili. *Actio personalis, quae datur ei, cujus peculiariter interest rem exhiberi. L. 13 D. ad exhib. ad hoc ut rem mobilem aut scripturam exhibeat. L. 6 D. ad exhib. L. 56 D. de obl. et act.* (2). Il fondamento di questa azione non è certamente nel fatto di colui, che tiene la cosa da esibirsi. Cotesto fatto rende sì bene capace il detentore a riccvere in se l'azione, ma non è un fatto suo obbligatorio donde l'azione possa emergere. Si dubitò un tempo fra i dottori nel definire questa azione, e quasi indovinando si giunse a dire ch' essa era un azione *irregolare*. Ma con ciò si dava una mentita al giureconsulto Ulpiano, il quale nettamente la chiamò azione personale. *Est autem personalis haec actio* (3). Sicchè venne poi a dirsi con molto buon senno che l'azione fosse personale, ma *scripta in rem*, sul motivo che essa racchiudea una obbligazione, se non nel fatto obbligatorio del detentore che certamente non ve ne era, almeno nei principii della equità naturale. *Nam habet ista actio magnam obligationem ex qua nascatur. Ea autem procedit ex summa aequitate. Quid enim justius, quam ut mihi sine ullo tuo detrimento rem exhibeas? Si fuerit mea, bene, quidem: sin minus, nihil amittis exhibendo.* L'Oldendorpio (4). Ora la naturale equità che si racchiude in questa azione è protetta espressamente dalla legge civile, e quindi anima legittimamente l' azione stessa (5). E l' avea anche detto il giureconsulto Paolo. *Qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est, haec equitas*

(1) L. 3 § 3 D. ad exhib.
(2) Stryk. tom XI disp. XVI pag. 1.
(3) L. 3 § 3 D. ad exhib.
(4) Oldendorp. Class. 3 act. 1 n. 2.
(5) L. 13 D. ad exhib.

sugerit, et si jure deficiamur (1); nella qual proposizione sta il principio che sostiene l' equità naturale di questa azione.

Oggi nelle revindicazioni dei mobili non si riconosce più l' azione *ad exhibendum*, restando surrogato ad essa il sequestro ad oggetto di revindicazione (2). Ma sicuramente nel sequestro la stessa azione è fusa, altrimenti non vi sarebbe diritto a dimandarlo in giudizio.

Del resto pare che questa azione ad *exhibendum* possa competere anche oggi ai stretti termini del diritto romano in altre occasioni, e precisamente quando siavi luogo a pretendere un legato di scelta, giusta gli articoli 976 977 LL. Civ. Certamente Ulpiano non circoscrisse l'azione *ad exhibendum* alle sole revindicazioni. Egli disse: *Haec actio per quam necessaria est, et vis ejus in usu quotidiano est, maxime propter vindicationes inducta est* (3). E con ciò non escluse, oltre alla revindicazione, altri casi ancora, nei quali potesse aver luogo. Ma poi soggiunse: *sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cujus interest exhiberi*. E nel tempo stesso espressamente spiegò: *item si optare velim servum, vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis, possim vindicare* (4).

2. In secondo luogo si offre l' azione *de edendo* sul conto dei cassieri e dei banchieri pubblici: *argentariae mensae exercitores rationes, quae ad se pertinent, edant, adiecto die et consule* (5). Questa azione che quì viene dalla legge, ha tutto il suo appoggio sulla naturale equità: e lo confessa il giureconsulto stesso nel rapportato luogo: *Hujus edicti ratio aequissima est: nam eum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi* (6). L' equità naturale è posta in principio, come causa efficiente dell' azione, che dalla legge viene adattata al caso, e protetta.

(1) L. 52 § 5 D. de aq. et aq. pluv. arc.
(2) Art. 909, e seg. proc. civ.
(3) L. 1 ad exhib.
(4) L. 3 § 9 § 6 ad exhib.
(5) L. 4 princ. D. de edend.
(6) Dict. L. 4 § 1.

Oggi vi è luogo a questa azione nel convenire i Regi Notari, i Cancellieri e tutti i Conservatori di carte pubbliche per la esibizione di esse, onde potersene far uso in giudizio, o fuora. Più: contra i Patrocinatori, e contra gli Uscieri, che si negassero ad esibire le produzioni, o le carte loro commesse per affari del loro ministero; ai termini degli art. 285 922 e seguenti proc. civ.

Può aver luogo ancora quando si faccia il caso di doversi dimandare l'esibizione dei registri e delle carte domestiche per gli oggetti indicati nell'articolo 1285 LL. Civ. E per quello che è scritto nelle nostre leggi di eccezione, certamente con l'azione *de edendo* al senso pretto delle leggi romane (1) si convengono in giudizio i pubblici negozianti ad esibire i loro libri, e si obbliga il fallito alla esibizione del suo bilancio (2). Con la stessa azione i Sindaci dei fallimenti sono obbligati a rimettere ai Procuratori generali, ed ai loro sostituti i documenti, i titoli, le carte, e le indicazioni che loro si dimandano (3). *Idem* per ciò che è detto sul conto delle associazioni in partecipazione, che possono esser provate con la esibizione dei libri della corrispondenza (4).

3. Ma *edere*, al senso delle leggi romane, importa eziandio *copiam describendi facere, vel in libello complecti, et dare, vel dictare* (5). Ora in questo senso ancora può agirsi ai termini degli articoli 282 283, procedura civile per aversi la comunicazione dei documenti, dei quali la parte avversa fa uso in giudizio. Più: non altro è il principio che dà ora il diritto alle parti interessate di far ricercare dal regio Giudice il testamento nel tempo della apposizione dei sigilli, ai termini dell'articolo 994 procedura civile. Certamente quì un'azione *de edendo* è simboleggiata.

4. In quarto luogo viene l'azione che la legge dà a ritenere ciò, che volontariamente si è pagato per sola obbligazione naturale. Le nostre leggi civili negano in questo

(1) L. 1 § 2.
L. 6 § 6.
L. 10 § 2. L. 9 § 2 D. de edend.
(2) Art. 2. e seg. art. 462 LL. di eccez.
(3) Art. 595 e seg. LL. di eccez.
(4) Art. 58 dett. LL.
(5) L. 1 § 1 D. de edend.

caso il diritto a chiederne la ripetizione (1). E la ragione, si è perchè non soffre la naturale equità che taluno naturalmente obbligato, e riconoscente della sua obbligazione, dopo avervi adempiuto, ricorra all'asilo della legge civile, col disegno di frodare, ed arricchisca col danno altrui. I patti nudi dei romani, dopo che si erano eseguiti, non davano luogo a ritrattazione sulli stessi principj della naturale equità.

Per questa ragione la legge non accorda azione alcuna a ripetere ciò che si è pagato per debito di giuoco, non proibito, o per una scommessa (2).

5. In quinto luogo si presentano tutte le azioni alimentarie, nelle quali s' implora il nobile ufizio del giudice. Le persone che hanno il diritto agli alimenti, spingono innanzi le voci della natura, che dalla legge civile son protette; *necare videtur qui alimonia denegat* (3). Ma non a tutti è data questa azione, perchè non da tutti si possono ripetere sotto la protezione della legge i mezzi di sussistenza per vivere: bisogna che vi concorra o il fatto della generazione, o il fatto del matrimonio (4); o finalmente l'imperiosa circostanza di uno stretto legame di parentela, dove reclami la voce del sangue. Questi fatti però danno la causa occasionale all'azione, e non la producono, come fatto obbligatorio. La causa di origine tutta è riposta nella equità naturale, riconosciuta dal diritto della natura, e delle genti, ed approvata in ogni tempo dalle leggi civili.

6. Da quì l'obbligo dei genitori di nudrire, mantenere, ed educare i proprii figli: l'obbligo reciproco dei figli di alimentare i loro genitori, e tutti gli ascendenti che si trovino in bisogno (5). Da quì il dovere medesimo di alimentarsi a vicenda, che vi è tra l'adottante e l'adottato, e che la legge definisce *obbligazione naturale* (6); non che l'obbligo degli alimenti esteso anche ai figli adulterini, agli incestuosi, ed agli altri nati da condannate unioni (7). Trionfa sempre

(1) Art. 1188 LL. civ.
(2) Art. 1837 LL. civ.
(3) L. 4 D de agnosc. et al. lib.
(4) Ved. Stryk. sect. 1 membr. II § 3 e seg.
(5) Art. 193, 195 LL. civ.
(6) Art. 273 LL. civ.
(7) Art. 678 LL. civ.

la teoria del Grozio, che appoggia sulle leggi della natura e delle genti: *Qui enim causa est ut homo existat, is, quantum in se est, prospicere ei debet, de his quae ad vitam humanam sunt necessaria* (1). Finalmente anche su questa equità naturale è fondata la ragione alimentaria, che la legge accorda alle persone diredate, quando non abbiano altronde mezzi da vivere (2). E perchè tra gli obblighi dei genitori vi è quello di procurare una decente collocazione dei figli, anche da questo principio nasce l'azione che la legge dà alle figlie, ad esser dotate dal padre, o dall'avo paterno, o anche dalla madre (3).

7. In settimo luogo vengono tutte le azioni possessorie, relative agli interdetti *retinendae vel recuperandae*, in ogni caso di turbitiva o di spoglio. Vi è quì il fatto dell'uomo che dà causa movente all'azione, ma essa ha tutto il suo fondamento nella naturale equità, che persuade di dover essere garantito il possessore di buona fede, fino a quando non si dimostri, che vi è un diritto in contrario, capace a smontarlo dal possesso.

8. Subentrano poi le restituzioni in intiero, e precisamente quelle che competono per ragione dell'età (4). Come anche le azioni, che danno luogo a far dichiarare la nullità degli atti di coloro, nei quali esisteva una notoria causa di interdizione (5). Più: tutte le azioni di nullità, e di rescissione delle convenzioni e dei contratti, quando vi concorre errore, violenza, o dolo.

Oggi la nullità, e la rescissione dei contratti si son riunite per ciò che riguarda vizio nel consenso: e si è spiegato che la convenzione contratta per errore, violenza, o dolo non è nulla *ipso jure;* ma soltanto dà luogo ad agire per la nullità, o rescissione nei casi, e nei modi spiegati dalla legge (6), i quali trovansi indicati dall'art. 1258, e seguenti LL. Civ. Dovendosi dunque in questi casi chiedere la rescissione, o agire in nullità, il fondamento dell'azione si ri-

(1) Grozio de jur. bell. et pac. lib. 2 cap. 7 § 4 Vedi Puffendorf. de Jur. N. et G. lib. 4 cap. 11 § 4.
(2) Art. 854 LL. civ.
(3) Art. 194 LL. civ.
(4) Art. 700 LL. civ.
(5) Art. 426 LL. civ.
(6) Art. 1071 LL. civ.

trova nella equità naturale, secondo la quale non è permesso, che taluno resti obbligato senza avere validamente consentito.

9. Vengono appresso le così dette *condictiones sine causa — condictio ob turpem causam — condictio indebiti*; che corrispondono a ciò che nelle leggi civili è scritto negli articoli 1085 1188 1331. Si dice nell'articolo 1085 — *L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa, o illecita, non può avere alcuno effetto.* Se dunque siasi pagato in forza di questa obbligazione, vi è azione a ripetere *condictione sine causa*, e ciò per principio di equità naturale, riconosciuto dalla legge civile, e posto in risalto dal giureconsulto nella *L.* 32 *D. de reb. cred. a te reddi pecuniam bonum et aequum est*. Si senta il Boemero. *Fundamentum hujus actionis est, quod res mea ad alterum sine titulo pervenerit, vel esse desierit* (1). Lo stesso, se siasi dato per causa falsa o illecita, perchè allora: *accipiens obligatur ex aequitate naturali, ne injustum lucrum faciat ex sua turpitudine; cum ex turpi causa rem tenere, sit ex nulla tenere*; il Boemero (2).

10. Lo stesso quando si verifica che siasi pagato ciò, che non era dovuto; nel qual caso si dice negli articoli 1188, e 1331, che vi è luogo a ripetizione — *condictione indebiti*. E l'origine dell'azione è marcata dal Boemero. *Primarium fundamentum est ex aequitate naturali, ne accipiens lucretur cum damno alterius* (3).

E questa azione compete, non solo a colui che paga, ma a chiunque altro ancora, che possa risentir danno dal pagamento non dovuto (4); *adeoque non is semper agit, qui solvit, sed qui ex tali solutione laeditur, qui tamen quasi contraxisse cum eo dici nequit* (5). Dal che si conferma, che questa azion di ripetizione non è animata da contratto, ma sorge soltanto dalla naturale equità, che fa evitare il danno e non permette il lucro inonesto; favorendo eziandio coloro che nel contratto non ebbero parte. Queste teorie valgono anche se siasi dato per una causa, che poi non sia seguita — *Causa data, causa non secuta. Fundamentum hujus*

(1) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 32.
(2) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 23.
(3) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 26 in fin.
(4) Arg. dell'art. 1119 LL. civ.
(5) L. 5 § 3 D. de obl. et act.

conditionis est, quod res non fuerit secuta; et ita iniquum sit alterum datum retinere debere, quo ipso locupletior fieret cum damno dantis (1).

11. Similmente dalla naturale equità nasce l'azione a ritenere i frutti percepiti con buona fede da colui, che è poi obbligato a rilasciare, o a restituire la cosa che non gli apparteneva. La dottrina quì è illustrata da scrittori di buon polso (2).

12. Subentra l'azione a rivocare le donazioni per la sopravvegnenza dei figli del donante, o per la legittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale, nato dopo la donazione ai termini degli articoli 685, e 885 LL. Civ. Sembra a prima vista, che qui l'azione venga unicamente dalla legge, la quale invalida tali atti nel caso preveduto, e rimette le cose come erano nello stato primiero. Ma non è così: Quì la legge, mentre ciò prescrive, non fa altro che seguire, e proteggere i principii della naturale equità. In fatti il padre che ha donato, o tutto, o parte dei suoi beni, nel caso figurato si troverebbe privo dei mezzi, onde accorrere ai bisogni dei figli, e provvedere alla loro nudrizione, al loro mantenimento, ed alla loro educazione; al che è tenuto per diritto di natura, e per diritto civile (3). Non soffre dunque l'equità naturale che egli arricchisca gli altri, frodando i proprii figli di quei soccorsi che la natura gli avea già dati, e mettendosi nello stato di non aver più recapiti per adempiere a ciò, da cui non può dispensarsi. Altro sarebbe il caso, in cui il padre andasse a ledere i figli nella loro quota legittima: questo fatto riguarderebbe i diritti successorii, dove la sola legge impera, come da quì a poco osserveremo.

La rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine ai termini dell'art. 880 LL. Civ. anche al principio di questa naturale equità è attaccata. *Huc referri potest revocatio donationis ob ingratitudinem, quo nomine datur condictio L. 9 C. de revoc. donat. Fluit obligatio ad restituendam rem donatam ex aequitate naturali, ne sit cuiquam licentia, et alienas res capere, et frugalitatem irridere dona-*

(1) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 21.
(2) Ved. Struv. Exerc. 9 Thes 23. Carpzov. parte 3 c. 22 d. 28 n. 20. — Stryk sect. I membr. II § 49.
(3) Art. 193 LL. civ.

toris, et ipsum iterum donatorem suasque res perdere, et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore affici; ut dicitur in cit. L. 9 Datur tamen haec actio tantum donatori, non ejus successoribus; cit. L. 9 et quidem ob causas in cit. L. definitas. Il Boemero (1).

13. Sulla naturale equità appoggia la ragione del tutore contra il minore, per esser fatto indenne delle spese necessarie ed utili erogate durante la tutela: art. 394 LL. Civ. Sia per quanto si voglia privilegiata la causa del minore, certamente egli non può arricchire col danno altrui.

14. Non altro principio, che quello della naturale equità, riconoscono tutte le azioni, che la legge accorda ai vicini per la sola ragione del vicinato, delle quali azioni è fatto un elenco nelle LL. Civ. (2). Il tutto sta *super utilitate innoxia*, che dalla legge di natura è sempre protetta (3), e che le leggi civili in tutti i tempi han riconosciuta, e confermata. Si senta Samuele Strichio: *Hactenus de obligatione ex facto naturali, vel generationis, vel connubii oriunda actum est, sequitur jam adductum § II commune illud vinculum, quod per cognationem quamdam inter homines constituit natura, juxta L. 3 D. de J. et J. vi cujus alter alteri illa, quae ad societatem inter homines conservandam quam maxime spectant, facere, vel, ut alter id faciat, pati tenetur, idque ex vi pacti taciti, quod inter concives, dum in societatem coiverunt, initum censetur. Quoties ergo aliquis sine damno suo, damnum alteri imminens avertere potest, toties ad hoc ex aequitate naturali obligatur. Quorsum pertinet aequissima juris regula. Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, L. 2 § 5 D. de aqu. et aqu. pluv. arc., ubi subiicit Ictus: hoc aequitas suggerit, etsi jure deficiamur* (4).

Le nostre LL. Civ. art. 1324 3.° comma fanno discendere non dalla equità naturale, ma dalla legge queste azioni competenti ai vicini: ciò è vero, ma è vero eziandio, che la legge quì sostiene il principio dell' equità naturale, la quale dà causa all' azione, senza che vi interceda fatto alcuno obbligatorio dell' uomo. La nostra teoria dunque è uniforme ai

(1) Boehmer. de act. Sect. 2 cap. V § 43.
(2) Art. 556, 584, 585, 591, 581, 582, 568, 597 ec.
(3) Grot. lib 2 cap. 2 § 11.
(4) Stryk. de act. Sect. I membr. 2 § 38.

principii delle LL. Civ., mentre fa derivare le azioni in proposito dall' equità naturale, riconosciuta e protetta dalla legge civile.

15. Finalmente sull'equità naturale appoggiano parecchie *azioni in factum*, quando con esse si risale al principio naturale, sostenuto dalle leggi civili: *quod nemo locupletior fieri debeat per injuriam cum damno alterius* (1). Per esempio nel caso che il dolo del defunto abbia cagionato danno, non competendo allora l'azione di dolo contra l' erede, che non succede nel delitto, e nel dolo, si accorda l'azione *in factum, in id quod locupletior factus est*; e la ragione si è: *quia non debet lucrari ex alieno damno* (2). Più: mancando l'azione vindicatoria, si dà l'azione *in factum* contra l' erede di colui, che con dolo lasciò di possedere, come avverte Pomponio nella *L.* 52 *de rei vind.*; e ciò solamente per principio di equità naturale. *In factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerint* (3).

Perdendosi il dominio di una cosa nel caso che vada a congiungersi, e mescolarsi inseparabilmente con altra cosa aliena, la quale viene con ciò ad acquistarsi da altri con giusto titolo, e con buona fede per via di accessione, ai termini dell'art. 501 LL. civ. non compete allora azione reale al padrone della cosa confusa, perchè non vi è più, ma compete l'azione *in factum*, come decide il giureconsulto Paolo: *neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est* (4). E tutta la ragione di questa azione personale *in factum* non ha quì altro sostegno, che quello della naturale equità, la quale non permette che alcuno si arricchisca col danno altrui (5).

E cose simili: dicendo bene al proposito il Boemero, che questa azione nascente dalla equità naturale, e protetta dalla legge, ha un uso estesissimo: *Usum hujus actionis esse amplissimum, et infinitis casibus locum habere, quoties contractus, vel quasi deficit, alter tamen per iniquitatem locupletior deprehenditur cum damno alterius. Sic si cu-*

(1) L. 32 D. de reb. cred. L. 44 de reg. jur.
(2) L. 28 29 de dol. mal.
(3) Boehmer. de act. Sect. II cap. II § 11.
(4) L. 23 § 5 D. de rei vind.
(5) Ved. Boehmer. Sect. II cap. II § 13.

rator bonorum venditionem fecit, pecuniam autem creditoribus non solvit, quaestio nascitur, quomodò conveniri debeat? Et quidem si ad mandatum eorum fecit, actio mandati locum habet; si vero quidam absentes sunt, his negotiorum gestorum competit; denique si praesentes mandarunt, cum soli se creditores existimarent, absentibus actio in factum datur: neque enim negotium eorum gestisse dici potest, cum ignorant eos concurrere ad motum concursum: L. 22 § 10 *mandat. Curator enim inique pecuniam retinet. Similia exempla sunt in L.* 13 *princ. de pign. act. L.* 4 § 14 *ad exhib. L.* 9 § 4 *eod. L.* 15 § 34. *L.* 18 § 17 *de damn. infect. L.* 8 *princ. in D. de precar. L.* 50 § *ult. L.* 66 § 4 *de furt. et aliis infinitis locis* (1).

SEZIONE QUARTA.

DELLE AZIONI PERSONALI CHE NASCONO DIRETTAMENTE ED ASSOLUTAMENTE DALLA LEGGE.

Si obligatio lege nova introducta est, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est (2). Questa azione che viene direttamente dalla legge diceasi per diritto romano *condictio ex lege*. Anche le altre azioni personali erano dette allora *condictiones*, avendo poi ben travagliato i dottori per indagarne la ragione (3); ma questa di cui trattiamo, per eccellenza si indicava con la detta denominazione. *Quamquam enim reliquae condictiones quoque ex lege immediate descendant: specialem tamen habent denominationem et naturam, qua inter se facillimen dignoscuntur*. Il Boemero (4).

Però questa azione *ex lege* va intesa nel caso unicamente, quando la sola legge agisce, senza che vi si frapponga un contratto, o un'atto qualunque, che dalla stessa legge abbia causa, mentre allora si agisce *ex contractu*, e non già *ex lege*, secondo la dotta teorica del Bartolo. *Et sane Bartolus in d. L.* 1 *D. de cond. ex leg. rectissime scribit: quod ubi*

(1) Boehmer. de act. Sect II cap. V § 11.
(2) L. unic. D. de condict. ex lege.
(3) Ved. Donell. ad § 15 Inst. de act. Vinn. ad dict. § 15. — Boehm. de act. Sect. II cap. V § 13.
(4) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 39.

est contractus negotii per talem legem introductus, semper esse agendum ex contractu. Cui consequens est, actionis formulam eo casu non ex lege, sed ex negotio qualecunque fuerit, nuncupandam esse; quo melius causa ejus materialis intelligatur. L'Oldendorpio (1). Ed il Boemero: *Ut scilicet nullum negotium certum et determinatum subsit, ex quo obligatio descendit, nullumque aliud fundamentum obligandi, quam lex nova adsit. Si adest novus contractus, ex hoc agendum, nec ad hanc actionem deveniendum, cum potius ex contractu nascatur* (2).

A buon conto, siccome per gli altri contratti che non hanno nome, sta l'azione *in factum, vel praescriptis verbis*, così questa azione *ex lege* si intende in senso generale, e si presenta come innominata, che senza rapporto a verun contratto o fatto obbligatorio, viene a sorgere immediatamente dalla legge.

Nel diritto romano si incontrano molti esempii delle azioni *ex lege:* e l'Oldendorpio ne raccolse fino al numero di otto, traendoli tutti dal titolo del digesto *de praescript. verb. et in fact. act.*, ed indicando le leggi 5, 6, 9, 10, 12, 15, 17 § 5, 20, 23 (3). Più: l'azione *ad supplementum legitimae,* quella *ad quartam divi Pii petendam*, quella che riguardava il diritto del congruo; e cose simili (4). Per diritto canonico l'obbligazione che nasceva dalla formalità del giuramento avea l'appoggio sulla *condictione ex lege: cap.* 2 *de pact. in* 6 *cap.* 26 28 *de jurejur.*

Presso di noi l'azione al paraggio per la costituzione *in aliquibus*, e per la consuetudine Napolitana era perfettamente una *condictio ex lege.* Più: l'azione che obbligava gli stretti parenti a transigere, per la prammatica *Odia litium:* l'azione che dava diritto al ritratto legale per la nota costituzione di Federigo II ec. Tutte erano *condictiones ex lege.*

Oggi per le attuali leggi civili sono azioni che discendono puramente e semplicemente dalla legge le seguenti:

1. Quella con la quale si reclama libera la quota legittima nella successione da coloro, cui la legge l'attribuisce,

(1) Oldendorp. Class. 4 act. 41.
(2) Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 39 in not.
(3) Oldendorp. class. 4 act. III.
(4) Ved. Boehmer. de act. Sect. II Cap. V § 39 in not.

art. 829 e seg. LL. civ. Egli è in principio sicuro, che la sola legge civile impera nel regolare tutte le successioni, siano testate, siano intestate. *Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur: nam leg. 12 tabular. testamentariae hereditates confirmantur* (1). La legge dunque nel lasciare al testatore la facoltà di disporre a sua libertà, nella forma però che essa stessa prescrive, sottrae a questa facoltà una quota, e la riserva per le persone che crede esserne meritevoli. Quindi questa quota legittima, che unicamente dalla legge ha causa, non con altra azione può dimandarsi, che con l'azione *ex lege*. E per questa ragione essa è variabile nella quantità, siccome variano successivamente le disposizioni delle leggi civili, che la regolano.

2. Per la stessa ragione riesce azione *ex lege* pura e semplice quella, che hanno gli eredi nel concorrere ad una eredità, a dimandare dal loro coerede la collazione di tutto ciò, che abbia esso ricevuto dal defonto per donazione fra i vivi, o di fargli ritenere le cose donate fino alla concorrenza della quota disponibile (2).

3. Come anche le altre azioni che son date agli eredi, a vantaggio dei quali la legge ha stabilito la riserva, loro eredi, ed aventi causa, per chiedere la riduzione delle disposizioni tra'vivi, o a causa di morte, le quali avessero ecceduta la porzione disponibile (3). Sempre in questi casi la causa dell'azione viene dalla legge, che è intenta a non far ledere la quota legittima, riservata alle persone da essa indicate.

4. L'azione ipotecaria legale, accordata alle mogli sopra i beni dei loro mariti, ai minori, ed agli interdetti sopra i beni dei loro tutori, allo Stato, ai comuni, ed ai pubblici stabilimenti sopra i beni degli esattori, ed amministratori obbligati a render conto (4). L'ipoteca quì non nasce da convenzione, ed appositamente è detta legale, perchè altra ragione non ha che nella legge; dunque l'azione a pretenderla, ed a sostenerla non è, che azione *ex lege*.

5. L'azione che ha la moglie, o i suoi coeredi, dopo

(1) L. 130 D. de v. s.
(2) Art. 762 763 LL. civ.
(3) Art. 838 LL. civ.
(4) Art. 2007 LL. civ.

sciolto il matrimonio, a ripeter la dote dal marito, che non si rese diligente ad esigerla fra un decennio, dal tempo della promessa fattane dal dotante (1).

6. L'azione a pretendere, ed a sostenere in giudizio la ipoteca giudiziale, che deriva dalle sentenze, o da altri atti giudiziali (2). Quì tutto è opera della legge. Subito che la ipoteca non è convenuta tra le parti, tutta la causa della sua esistenza sta nell'ordinativo della legge. La sentenza acclara il debito, lo definisce, e lo mette a carico della parte succombente; ma i giudici non possono dalla sentenza far sorgere una ipoteca, senza che le parti l'avessero convenuta. La legge sola per favore dei creditori viene qui a stabilirla, e stabilendola, la produce, dunque l'azione che ne emerge, è un'azione *ex lege* pura e semplice.

7. L'azione a far dichiarare vuote di effetto le iscrizioni prese delle ipoteche, e dei privilegii nel caso in cui pria di trascorrere il decennio dal giorno della loro data, non si siano rinnovate: art. 2048 LL. civ.

8. Tutte le azioni, che sostengono le servitù stabilite dalla legge per oggetto dell' utilità pubblica, o comunale, ai termini dell'art. 571 LL. civ. Quì l' affare non è di ragion privata, come accade allorchè i vicini a causa del loro vicinato debbono soccorrersi a vicenda, per principio di equità naturale. Quì è in oggetto l'interesse pubblico, e la legge prende parte per proteggerlo con i principii del pubblico diritto; per lo che l'azione a sostenere tali servitù riesce azione *ex lege* puramente, e semplicemente.

9. Le azioni privilegiate, che competono ai creditori contra i successori ai majoraschi per ripetere le spese, i salari, e le somministrazioni espresse nell'art. 960 LL. civ.

10. Le azioni, con le quali si astringono i tutori, e gli altri amministratori, che non possono ricusarsi alle funzioni, che loro vengono conferite. Il caso è letteralmente espresso nell'art. 1324 3.° comma LL. civ.

(1) Art. 1382 LL. civ.
(2) Art. 2003 LL. civ.

SEZIONE QUINTA.

DELLE AZIONI PERSONALI CHE NASCONO DAL FATTO OBBLIGATORIO DELL' UOMO.

I fatti obbligatorii dell' uomo si presentano in doppio aspetto. Vi sono le semplici e nude promesse, che palesano la volontà di un solo: e vi sono le contrattazioni nelle quali si riuniscono anche le volontà degli altri.

La nuda e semplice promessa per regola non partorisce obbligazione. Essa era conosciuta dal diritto romano sotto il nome di pollicitazione, che veniva definita: *solius offerentis promissum* (1). E nell'interesse dei privati non menava a conseguenza alcuna per la gran ragione, che se non valeva tra i privati il patto nudo, molto meno potea aver vaglia la promessa. Non così nell'interesse della repubblica, mentre la semplice promessa fatta dal cittadino alla patria era obbligatoria, e dava diritto al Rettore della città a chiederne l'adempimento (2). Dovea esser però fatta *ex justa causa*, altrimenti non dava azione, se non nel caso in cui si fosse cominciata ad eseguire l' opera promessa (3). Egualmente era obbligatoria, e producea azione la promessa fatta a Dio, ed alla Chiesa, cioè il voto reale: *ad oblationem Dei, ut donum Deo detur, vel consecretur*, come nella *L.* 1 § 1 *de donat. int. vir. et uxor*. Quì anche la causa pubblica era riguardata, e restava l'azione a favore della Chiesa.

Tranne le cause pubbliche, nell'interesse dei privati non valeva la nuda promessa, se non quando si fosse convertita in contratto o in patto, giusta le teorie insegnate dal Cujacio, e seguite dai dottori (4).

Solamente per la dote era scritto che valesse la semplice promessa; onde il titolo del Codice *de dot. promiss. et nud. pollicit.*; ed era data al marito l'azione a ripeterla, anche senza l'intervento della stipulazione. Alcuni dottori opinarono, che fosse ciò introdotto per un favor particolare della dote. Ma dagli scrittori di miglior senno fu rilevato, che nella specie la promessa della dote racchiudeva in se un

(1) L. 1 D. de pollic.
(2) L. 8 D. de pollic.
(3) L. 1 § 1. L. 3 de pollic.
(4) Cujac. observat. lib. 29 cap. 32. Voet ad tit. de pollicit. n. 1.

patto legittimo, cioè di doversi prendere in moglie colei a cui la dote si costituiva; e quindi si andò ad altro oggetto, sottraendosi il caso della dote alla teoria delle semplici pollicitazioni. *Quamquam hoc pactum non tam nudum quam legitimum sit, et in se contineat causam, quia ideo dos promittitur, ut alter uxorem ducat, ex quo si uxor ducitur causa, ob quam promissio interfuit, jam completa est, et consequenter recte eo nomine actio datur marito.* Il Perezio (1) a cui è uniforme il Donello (2).

Era anche detto che la semplice promessa del salario portasse azione; ma sul conto del salario si ripetettero le stesse teorie, che per la dote: *Nempe hic certe defensio est eadem illa quae supra*, il Donello; *Non est haec pollicitatio nuda, etsi videtur, sed priusquam ex ea agi possit, habet adjunctum pactum procuratoris. Prius enim negotia domini gerit, ut salarium accipiat, sic deinde utiliter agit ex pacto, ut salarium consequatur, non prius* (3).

La nuda promessa dunque, *pollicitatio*, non produceva azione civile per diritto romano; e lo stesso vale oggi per le attuali leggi civili. In esse è stabilito, che due soli modi vi siano a poter disporre dei proprii beni, cioè la donazione tra'vivi, ed il testamento; quindi resta esclusa la pollicitazione (4). Per l'art. 861 si può donare a favore degli ospedali, dei poveri di una comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale: ma questa non è la pollicitazione dei romani; mentre la donazione a pro dei corpi suddetti, per esser valida, dee venire accettata dagli amministratori rispettivi, dopo che ne siano stati debitamente autorizzati (5).

Alla semplice promessa, che palesa la volontà di un solo si oppongono le convenzioni, ossiano i patti, nei quali si manifesta il consenso di due o più persone nel tempo stesso, *in idem placitum*. Queste convenzioni e questi patti vanno tutti ora sotto il nome di contratti. Il contratto è definito: *una convenzione, con la quale una o più persone si obbli-*

(1) Perez. ad tit. de dot. promis. n. 2.
(2) Donell. de jur. civ. lib. XII cap. XIV n. 3.
(3) Donell. de jur. civ. dict. loc. n. 5.
(4) Ved. Pothier trat. delle obbl. vol. 1 § 2 in fin.
(5) Vedi Toullier tom. V § 204.

gano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa (1).

I romani serbavano in ordine a ciò diverse teorie. Essi distinguevano i contratti dai patti semplici, ossia dalle convenzioni prese in generale, come la specie differisce dal suo genere. Vedi la legge 7 D. de pact. Per contratti intendevano quelle date convenzioni, che aveano certa forma, e nome, causa da obbligare civilmente: Per patti, o convenzioni intendevano tutto il di più delle contrattazioni, che senza determinazione di forma non aveano sortito dalla legge un nome particolare, e non aveano causa, cioè causa civile obbligatoria, non già causa qualunque, ossia motivo da indurre la obbligazione; altrimenti senza causa non avrebbe potuto riconoscersi nè obbligazione, nè patto. Cotesti patti poi erano di varie specie; perchè si conoscevano i patti nudi — *pactum* — *pactio* — *pactum conventum* — *pactum nudum:* voci sinonime. Vedi Cujacio (2). E questi patti, se eran protetti dalla legge, o dalla equità del Pretore, divenivano patti *legittimi*, o patti *pretorii*. Si conoscevano i patti che *in continenti* erano aggiunti ai contratti, che erano distinti dagli altri sopraggiunti *ex intervallo*, e sul conto di essi si esaminava se il contratto era di buona fede o di stretto diritto. Erano di più marcati i patti nudi, che aveano già cominciato ad aver esecuzione (3); ed altro. E tutte queste distinzioni tendevano a far conoscere quando e come dai patti potesse ancora trarsi ragion di azione, o di eccezione.

Ma egli è gran tempo da che le suddivisate sottigliezze romane vennero neglette. Gli eruditi scrittori legali ne han parlato a ribocco: ed han dimostrato, che esse convenivano allora, avuto riguardo alla condizione dei tempi; ma poi andarono all'inutile, tolta che fu l'idea della giurisprudenza formularia, e non marcato più il solenne della stipolazione che era il modo civile da dar forma ai contratti. Quindi i patti di qualsivoglia natura vennero a partorire le azioni stesse che ai soli contratti erano riservate. *Revera enim stipulatio nihil est aliud, quam pactum formularium, cui si solemnitatem verborum detrahas, nudum est, hoc est*

(1) Art. 1055 LL. civ.
(2) Cujac. observat. XV
(3) Hubero, Voet, ad D. tit. de pact.

destitutum illa solemnitate formularia, quam leges ei praescripserunt, ob quam causam etiam in foro civili nullum effectum habere, nec actionem producere poterat. Il Boemero (1). Perlochè: *hodie omnia pacta,* cioè tutte le convenzioni senza riserva alcuna, *animo deliberato inita, et legibus bonisque moribus haud repugnantia, et obligationem, et actionem producere non ambigitur* (2).

Lo stesso vien confermato oggi dalle attuali nostre leggi civili, secondo le quali niuna distinzione vi è tra patto, e contratto: e nei contratti si racchiudono le obbligazioni ed i patti di qualunque specie. Convenzione, e patto son termini sinonimi, i quali dinotando il trattato che fra due o più persone intercede, possono essere indistintamente adoperati. E mentre si distingue fra i contratti che hanno una propria denominazione, e quelli che non l'hanno (3), si soggiugne che tutti sono sottoposti alle regole generali; lo che importa in quanto all'azione che ne risulta, che tutti egualmente la partoriscono senza alcuna diversità. Più: distinguono le nostre leggi civili fra i contratti ed i quasi contratti; ed i secondi si riconoscono *nei fatti puramente volontarii dell'uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti* (4).

Finalmente riconoscono le obbligazioni nascenti dai delitti, e dai quasi delitti, e da queste obbligazioni fanno sorgere le azioni corrispondenti (5).

Intanto per quello, che appartiene ai contratti che hanno nome, e che sono numerati nelle LL. civ. dal titolo V del libro III in avanti, le azioni, che da essi scaturiscono, niente hanno di diverso da quelle, che prima competevano, secondo l'ultimo stato della giurisprudenza romana, e delle nostre leggi patrie. Non vi è obbligo di chiamare a nome l'azione, definendola dal contratto *ex empto, ex locato* etc.; ma si dee soltanto esprimere e dedurre chiaramente nell'atto di citazione il fatto, che è in oggetto della dimanda, per modo, che presenti senza dubbio l'idea del contratto, a cui

(1) Boehmer. Sect. II cap. VII § 6.
(2) Eineccio ad pand. tit. de pact. § 374.
(3) Art. 1051 LL. civ.
(4) Art. 1325 LL. civ.
(5) Art. 1336 1337 LL. civ.

l'azione si riporta, seguendosi il disposto nell'articolo 153 n. 3 della procedura civile.

Per i contratti poi, che non hanno nome, e che non sono numerati, nè numerabili, egli è noto, che nel diritto romano vennero essi additati dai giureconsulti Gajo, ed Ulpiano, allorchè trattando essi delle obbligazioni personali, dopo i contratti, e i delitti, parlarono delle azioni *in factum*, come derivanti *ex variis causis — de novo negotio —; utilius est praescriptis verbis ita agere, quasi novo quodam negotio inter nos gesto proprii contractus* (1). Le quali diverse espressioni tornavano allo stesso. *Reipsa idem sententies;* l'Oldendorpio (2). Da questi contratti innominati nascevano le azioni incerte *in factum, et praescriptis verbis;* delle quali la prima era più estesa della seconda. *Actiones in factum generalissima appellatione accipiuntur pro persecutionibus ex quarumlibet variis causarum civilium figuris. Actiones vero praescriptis verbis aliquanto restrictiores referuntur ad varias dumtaxat negotiorum civiliter gestorum figuras, quae innominatae quidem sunt, sed tamen adfinitatis, et similitudinis aliquid habent cum nominatis contractibus* (3).

L'azione *in factum* a buon conto competeva a colui, che avea dato o fatto qualche cosa, contra colui, che avea l'obbligo vicendevole di dare o di fare per parte sua. Ma oltre all'azione *in factum* competeva in questi contratti alla parte adempiente la così detta *condictio causa data, causa non secuta;* potendo egli pentirsi di ciò, che avea dato, o avea fatto, e chiederne la restituzione, con resilire dal contratto; mentre l'altra parte non avea diritto di obbligarlo a stare alla convenzione, da che trattavasi di patto nudo, che non partoriva obbligazione (4).

Oggi però nei contratti innominati cammina la sola azione *in factum,* e non può aver più luogo la ripetizione del dato *ex condictione causa data, causa non secuta;* per la ragione che dottamente trovasi espressa da Giovanni Einecció (5). Ed ora sono imperanti gli articoli 1098, 1099 LL. civili.

(1) L. 1 princ. L. 25 D. de obl. et act. L. Rogasti D. de praescript. verb.
(2) Oldendorp. class. 4 act. 40.
(3) Oldendorp. class. 4 act. 40.
(4) L. 7 § 1. L. 12 D. de condict. caus. dat. caus non secut.
(5) Heinecc. ad pand. tit. de condict. caus. dat. § 47 e tit. de praescript. verb. § 358.

Solamente oggi può esservi luogo alla ripetizione *ex condictione causa data, causa non secuta*, quando la parte inadempiente è impedita da forza irresistibile; ed intanto per lo fatto della parte adempiente essa viene ad arricchirsi: allora sorge il principio dell'equità naturale, che è posto in risalto dal Boemero come di sopra abbiamo avvertito (1).

Seguono i quasi-contratti, che son definiti: *fatti puramente volontarii dell'uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti* (2). Si senta il Boemero: *Supponunt autem obligationem, quae quasi ex contractu nascuntur, negotia quaedam certam determinatamque naturam habentia, ad instar contractuum verorum: in hoc tamen ab illis discrepantia, quod mutuo utriusque consensu nec expresso, nec tacito, concilientur, sed ex re ipsa obligatio nascatur. L. 46 D. de obl. et act., hoc est ex ipso negotio, figuram veri contractus habente, quod a lege vim obligandi accepit. Unde etiam hi negotiis hujusmodi obligari possunt, qui consentire per naturam nequeunt cit. L. 46. Sicuti enim lex consensui mutuo vim obligandi tribuit; ita quoque aliis factis, extra omnem consensum, eamdem efficaciam tribuere potest. Quaedam itaque negotia ideo dicuntur quasi contractus, quod magnam analogiam cum veris contractibus habeant, ita ut suo modo ad certam speciem contractus referri queant. Sic negotiorum gestio, et tutela ad mandatum, communis rei vel hereditatis administratio ad societatem, proxime accedit ec.* (3).

I dottori enumerano varie specie di questi quasi-contratti, che si trovano scolpiti anche nelle nostre leggi civili.

1. In primo luogo sta la gestione dei negozii. In questo quasi-contratto l'obbligazione è bilaterale, ma ineguale. Il gestore è sempre obbligato ai termini degli articoli 1326, 1327, 1328 LL. civ.: ed il proprietario per conto del quale va la gestione, resta anche obbligato ai termini dell'articolo 1329 dette LL.; ma questa seconda obbligazione è accidentale, perchè si avvera quando siavi luogo a dimandare le spese utili o necessarie, occorse nella gestione, ed a ren-

(1) Ved. Boehmer. de act. Sect. II cap. V § 21.
(2) Art. 1325 LL. civ.
(3) Boehm. Sect. II cap. VI § 2.

tenuto, ed essendo la seconda a pro del tutore stesso, per le indennità, che la legge gli accorda.

4. In quarto luogo viene l'azione, con la quale si chiede la divisione di una, o più cose comuni — *communi dividundo* (1). Certamente durante la comunione, vi è il quasi contratto, *ex rei communis administratione resultans; hanc enim si quis solus administraret, hoc ipso se obligasse censetur ad commoda inde percepta communicanda, et damna sua culpa data, reparanda* (2).

5. Siegue l'azione *familiae erciscundae* (3). Questa azione differisce dalla precedente in quanto al solo oggetto; poichè la prima riguarda cose particolari, e questa seconda versa sulla universalità dei beni. Con questa azione viene a dividersi l'eredità, partecipandosi da ognuno dei commodi e dei danni, e traendosi partito da tutte le prestazioni, che dal fatto di ciascuno dei coeredi potessero aver causa. Vi è sempre il quasi-contratto, che sta appunto in questi vicendevoli fatti dei coeredi; e che nel tempo stesso gli obbliga a far comune con gli altri il lucro, e li abilita a ricevere vicendevolmente il ristoro dei danni.

6. Egualmente dal quasi contratto discende l'azione *finium regundorum* (4): *Ubi pariter tam jus reale, quam personale concurrit; datur vero hoc judicium inter condominos, vel alios, circa agros confines jus habentes. L.* 4 § 9 *D. fin. reg.: attamen et praestationes personales hic interveniunt, quae partim oriuntur ex quasi contractu, si scilicet ex loco vicino solus utilitatem perceperit, vel in alterius utilitatem quid gesserit. L.* 4 § 1 *D. dict. tit.* Lo Strichio (5).

7. In settimo luogo figura l'adizione della eredità (6). L'erede accettando l'eredità, tacitamente contrae con i legatarii, e con i fedecommissarii (7); e quindi si rende passibile dell'azion personale, che contro di lui può sperimentarsi. *Fundamentum est aditio, et inde nata obligatio ad*

(1) Art. 734 e 1744 LL. civ.
(2) Stryk. Sect. I membr. 9 § 19.
(3) Art. 735 LL. civ.
(4) Art. 568 LL. civ.
(5) Stryk. Sect. I membr. 9 § 26.
(6) Art. 691 LL. civ.
(7) § 5 Inst. de obl. ex quas. contract.

praestanda legata (1). È da avvertire però, che il quasi contratto nascente dall'adizione, non è operativo, nè è necessario per i creditori ereditarii. In faccia a costoro l'erede è tenuto personalmente, non in forza dell'adizione, ma perchè rappresentando il defonto, subentra in tutte le sue obbligazioni : *Quae obligationes ex quocumque contractu jam natae erant in persona defuncti, transeunt quidem per aditionem, tanquam causam sine qua non, etiam ad heredem; sed per illam non demum constituuntur, sed aliunde jam constitutae sunt*. Il Boemero (2).

8. La soluzione dell'indebito viene in ottavo luogo, di che letteralmente si parla nelle LL. civ. art. 1330, sotto il titolo dei *quasi-contratti*. Ivi: *Chi o per errore, o scientemente riceve ciò che non è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui, dal quale lo ha indebitamente ricevuto*. La ragione è detta dallo Strichio. *Nemo enim ea mente praesumitur accepisse pecuniam, quod ipsam, licet sciret, eam sibi non deberi, retinere vellet, sic enim revera furtum committeret, et inde condictione furtiva conveniri posset. L. 18 D. de condict. furt. Sicut ergo iniquum est cum alterius damno velle locupletari. L. 14 D. de condict. ind., ita ex bono et aequo haec obligatio ad restituendum introducta. L. 66 D. de condict. ind.* (3).

9. Siegue la così detta *condictio sine causa*, di che abbiam trattato di sopra, facendola derivare dalla naturale equità; e certamente in essa si ritrova il quasi-contratto: *Si enim quis vel rem, vel obligationem a nobis acceperit, et postea animadvertat, rem sine causa apud se esse, tacite videtur obligasse se ad restitutionem rei, pariter sicut in condictione indebiti* (4).

10. Finalmente si presenta la contestazione della lite, in cui a comune sentimento dei dottori contiensi un quasi contratto, in forza del quale le parti sono obbligate a proseguire il giudizio. Vi è il testo di Ulpiano nella L. 3 § 11 D. de pecul., il quale parla, così di questo quasi-contratto nascente dalla contestazione, come della azione che poi emerge dalla sentenza passata in giudicato. Ivi: *Nam sicut*

(1) Boehm. Sect. II cap. III § 70.
(2) Boehm. dict. loc. in not.
(3) Stryk. Sect. I membr. 9 § 24.
(4) Stryk. Sect. I membr. 4 § 31.

in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: e quì il quasi-contratto che viene dalla contestazione: *Proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem:* e quì l'azione che sorge dalla cosa giudicata. *In judicio duplex contractus* (Il Gotifredo), *instantiae quae fit per litis contestationem, debiti per sententiam. Contestatio litis, origo judicii: finis, judicatum, seu sententia* (1). Chi ama di vedere più illustrate queste teorie, può consultare il Carlevalio; riferito ed applaudito ancora da Samuele Strichio (2).

SEZIONE SESTA.

DELLE AZIONI PERSONALI-REALI.

Egli è proprio delle azioni personali l'esser sempre dirette contra le persone, e non riguardar punto le cose: ciò però vale strettamente per quelle azioni personali, nelle quali si riguarda la semplice obbligazione di dare, fare, o non fare qualche cosa; lo che può nascere dal contratto, o dal quasi contratto, dal delitto, o dal quasi-delitto. Ma vi sono oltre a ciò delle azioni personali, nelle quali, al di là della obbligazione di dare, fare, o non fare qualche cosa, che risiede nella persona obbligata, si presentino altri oggetti, nei quali possano esse trovarsi impegnate. Certamente Giustiniano ciò volle esprimere allorchè disse: *Namque agit unusquisque, aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendimus adversarium ei dare, aut facere oportere, et aliis quibusdam modis* (3). Quì si vede patentemente, che le azioni personali possono ravvisarsi nei contratti, e nei delitti, dove concorre la circostanza dell'obbligazione di dare, di fare, o non fare qualche cosa, e possono ravvisarsi ancora sotto altre vedute: *et aliis quibusdam modis*. Ora sotto queste ultime espressioni appunto di Giustiniano i dottori han creduto, che fossero indicate quelle azioni personali, che straordinariamente alle volte possono riguardar la cosa, ed il possessore di essa; dette

(1) Gotofr. ad L. 3 § 11 D. de pecul.
(2) Carleval. de judic. lib. I tit. 2 disp. 1 Stryk. Sect. I membr. 9 § 28.
(3) § 1 Inst. de act.

perciò *scriptae in rem — conceptae in rem:* voci tecniche, che non si trovano *in corpore juris*, ma si sono inventate, per esprimere e definire particolarmente questa specie di azioni personali. Si senta il Cuiacio. *Sed agimus in personam aliis quoque modis, quam dicendo: aio te mihi dare, facere oportere. Aliis etiam modis, ut eleganter ex Caio (ut opinor) Justinianus tradidit in § 1 Inst. de act.; ut puta cum adversarium non intendimus dare, aut facere oportere, sed generaliter, sive in rem, ut eum petimus in actione quod metus causa, si quid in ea re, qua de agitur, vi metusque causa gestum est, id rescindi et restitui nobis, notata re gesta, non persona, quae metum intulit, aut vim fecit. L. 9 § animadvertendum et § ult. L. 14 § in actione quod metus causa. L. apud § ult. de dol. mal. Et his modis cum agimus, sane non semper adversus eundem agimus: licet vi ipsa sit ea actio in personam § praeterea inst. de act. Sed agimus adversus omnes, ad quos ea res pervenerit, quae nobis per vim, aut metum ablata est, tametsi crimine careant, et eam rem bona fide possideant* (1).

A buon conto l'azion personale-reale, secondo i principii qui espressi, nasce sempre dal contratto, dove ha la sua causa di origine, e perciò dice il Cuiacio che *vi ipsa* è personale; ma poi nell'oggetto si rivolge alla cosa, che in seguito del contratto può esservi ragione a pretendere. Ora, se è vero, come non può mettersi in dubbio, che la sola causa di origine serve a definire l'azione, e la causa movente, che si determina dall'oggetto, può servire solamente a qualificarla, ma non già a definirla, sarà vero nella specie, che l'azione resta personale per l'origine, e qualificata reale per l'oggetto: *personale-reale*. E con questa qualità essa perseguita il possessore della cosa, qualunque egli sia. Per la qualità reale appunto che in essa si spiega, l'avversario può cambiarsi, mentre la cosa può passare da uno ad un'altro gradatamente; lo che non accade nelle semplici azioni personali.

Non è dunque, che l'azione *personale-reale* sia un'azione di terza specie, diversa dalla reale, e dalla personale; ma essa appartiene di essenza alla classe delle azioni personali, e per lo modo di agire, si approssima alle reali. *Hinc*

(1) Cujac. t.m. 8 pag. 354 ad L. 25 D. de obl. et act.

apparet (il Duareno) *quam perperam vulgo actiones dividant, in rem, in personam, in rem scriptas: quae melius, et commodius dividi possunt hoc modo. Actiones quaedam in rem, quaedam in personam. Rursus actionum personalium quaedam in rem concipiuntur, id est quaedam exequuntur personam, contra quam dantur, quaedam non exequuntur: quo fit ut contra possessorem dentur* (1). Ed Ulrico Ubero: *Dari actiones in rem scriptas, ut dicuntur, quae fundamento, et origine sunt personales, sed hoc commune cum actionibus in rem habent, quod tertium quoque possessorem comitantur* (2). E per questi motivi resta senza ragione il sentimento del Rittersusio, il quale crede che per legge non possa esservi luogo a queste azioni personali-reali; *cum et hae revera sint in personam* (3). Dice egli bene, allorchè si riguarda l'origine dell'azione: ma la ricerca al proposito non è sulla causa di origine; bensì è sulla causa movente, che trovasi rivolta all'oggetto; e quindi senza pregiudicarsi la qualità personale dell'azione, può essa venire modificata nel modo già espresso e dimostrato.

Queste azioni personali-reali si istituiscono nel foro della cosa sita, dove si ritrova il possessore: e ciò straordinariamente e di necessità; altrimenti sarebbe frustrato l'oggetto, a cui l'azione è diretta. Certamente vale quì la regola: *Ibi peti debet, ubi res est* (4). Si senta il Boemero: *Sunt autem quaedam actiones personales, quae extra ordinem dantur contra omnem possessorem, et in foro rei sitae institui possunt, specialique nomine vocantur in rem scriptae* (5).

Di queste azioni *scriptae in rem* han fatto il catalogo i dottori, riducendole a quattro specie; che sono cioè: 1.° l'azione *quod metus causa:* 2.° l'azione *Pauliana:* 3.° l'azione *ad exhibendum:* 4.° l'azione *de aqua et aquae pluviae arcendae.* Le quali tutte possono corrispondere ai seguenti luoghi delle nostre attuali leggi civili. 1.° L'azione *quod metus causa* si può riferire all'art. 1071 e 1258: più, agli articoli 1063 e 1065 e seguenti. 2.° La *Pauliana,* che meglio si direbbe la *rivocatoria,* corrisponde agli articoli 705

(1) Duaren. in tit. Dig. de obl. cap. 8.
(2) Huber. digress. lib. 4 cap. 6.
(3) Rittershus. ad § 1 Inst. de act.
(4) L. 38 in fin. D. de judic.
(5) Boehm. Sect. I cap. 3 § 5.

1119 1120. Per l'azione *ad exhibendum*, che oggi non ha più luogo, abbiamo già detto di sopra, che resta surrogato il sequestro ad oggetto di revindicazione, art. 909 e seguenti proc. civ. 4.° Finalmente per l'azione *de aqua et aquae pluv. arc.*, è applicabile oggi l'art. 602 LL. civ.

Abbiam detto che la *Pauliana* meglio si direbbe *rivocatoria*. E ci riportiamo a Samuele Strichio, che così si esprime: *Demum ad hunc locum Paulianam actionem quoque refero ex* § 6 *Inst. de act., quamvis quae hic proponitur, potius* Revocatoria *dicenda, quia Pauliana, cujus mentio fit in L.* 38 § *in Faviana D. de usur. in eo differt, quod haec in personam, Revocatoria autem in rem sit., vid. Ludwell. Comm. Inst. ad d.* § 6, *cum tamen utraque ob alienationem in fraudem creditorum factam competat, ut alienata revocentur, utramque hic conjungemus. Referimus autem Revocatoriam ad materiam pignoris, quia regulariter haec actio non datur nisi post immissionem, bonis a creditoribus possessis d.* § 6 *inst. de act. L.* 26 *D. de pignorat. Unde illam ex jure pignoris per immissionem quaesito competere asserit Hahn. de jur. rer. conclus.* 20 *et Donellus ad d.* § *inst. de act. Pauliana vero datur etiamsi quid alienatum fuerit, antequam bona a creditoribus possessa. L.* 15 *et* 17 § 1 *D. quae in fraud. cred. Ludwell. cit. loc. num.* 5 *et* 6. *Unde illa revocatoria scilicet datur contra quemvis possessorem, sive fraudis particeps sit, sive non; Pauliana vero tantum contra fraudis participem. L.* 6 § 8 *D. quae in fraud. cred.* (1).

(1) Stryk. Sect. II membr. 5 § 14.

CAPITOLO QUINTO.

DELLE AZIONI MISTE.

Art. xxx. L'azione mista nasce dal diritto, che nel tempo stesso congiuntamente si ha sulla cosa, e sulla persona; ed è diretta a farci conseguire la cosa, che ci appartiene, e tutte le prestazioni, che per ragion della cosa reclamata, ci son dovute per fatto del possessore.

Art. xxxi. Sono azioni miste quelle, che riguardano i seguenti oggetti:

1. La petizione della eredità: sia del tutto, sia di parte di essa:
2. La divisione di una successione:
3. La divisione di uno o più oggetti particolari, appartenenti in comune a più persone:
4. Il regolamento dei confini dei fondi.

Art. xxxii. Nei giudizii, che han luogo nelle azioni miste, la qualità di attore e la qualità di reo convenuto son rappresentate nel tempo stesso dall'uno e dall'altro dei contendenti, i quali a vicenda si convengono, e sono convenuti per lo stesso oggetto.

Colui che da attore previene il giudizio, ha la scelta del foro, che in queste azioni può essere quello della cosa sita, o quello del domicilio della parte convenuta.

Si è veduto di sopra, che le azioni personali-reali si congiungono fra loro, senza mescolarsi, mentre ognuna conserva la sua causa, e la sua qualità. Vi sono poi le azioni miste, le quali, riconoscendo nel tempo stesso due cause diverse di origine, le presentano però confuse e mescolate insieme, per modo, che in forza di esse entrambe così combinate, vengono a sperimentarsi in giudizio. Si trova in esse congiuntamente la qualità personale e la qualità reale, che cospirano di concerto a darle moto. *Ab utroque genere*, cioè di quello delle azioni reali, e di quello delle azioni personali, *quid participant mixtae, in quibus utrumque fundamentum, et jus in re, et jus ad rem occurrere potest.* Il Boemero (1). Per la qual cosa scrisse l'Eineccio, che nel chiamarsi miste queste azioni, non si bada al fine, a cui tendono, ma sì bene al diritto, che con esse si produce, nascente dalla loro causa di origine: *Non enim sane ob finem ita dicuntur, sed quia, duplex hic est causa petendi: jus in re, et obligatio* (2).

Il Brunemanno riconosce queste azioni miste, ma non per la sola ragion di origine, sì bene per la ragion composta nascente dall'origine e dall'oggetto a cui le azioni sono rivolte: *Mixtura harum actionum negari nequit, tuto tamen inde inferre non licet, eas aequaliter natura, origine et essentia sua esse mixtas, quemadmodum vult.* Dn. Hahn. in D. de hered. pet. n. 7. Dn. Franzh. exercit. 13 quaest. 3 . . . . , *cum saltem modo quodam accidentario seu ratione finis et effectus de natura actionis realis, vel personalis participare censeantur, teste Joach. Mysing. . . . . Tria itaque haec judicia (familiae erciscundae, communi dividundi, finium regundorum) principaliter, et quoad initium, et nativitatem, sunt in personam, quoad exitum vero et effectum in rem, quemadmodum hereditatis petitio per se est realis, intuitu vero exitus, unum vel alterum commune habet cum actionibus in personam L.* 25 § 12 *D. de hered. pet. cujus verba haec sunt: Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam per-*

(1) Boehm. Sect. I cap. 2 § 6.
(2) Heinecc. ad Vinn. Inst. de act. § 1 n. 7 in not.

sonales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum (1).

Ma la dottrina del Brunemanno non è perfettamente sicura, anzi con essa si confonde l'azione personale-reale con l'azione mista. Nella prima, come si è già dimostrato, si pone mente alla causa di origine, ed all'oggetto dell'azione, disgiungendosi l'una cosa dall'altra: nella seconda la cosa non va così. È ben degna di osservazione la teoria di Reinardo Bacovio. Egli riconosce due misture di azioni, cioè quella che concorre nelle personali-reali, e quella che qualifica particolarmente le azioni miste; e prende per regola del suo ragionamento, così la causa di origine, che l'oggetto di queste azioni, con vedute però diverse in faccia all'una e all'altra di esse. Comincia dal definire l'azione pura, che per lui si distingue dalla mista: *Denique pura actio est, quae vel est in rem tantum, vel in personam tantum: mixta quae est in rem et in personam.* Poi rivolgendosi alla mista soggiugne: *Et haec mixtura duplex est: Altera, ubi actio causa tantum personalis, obiecto tantum realis est*, e quì riferisce le azioni *scriptae in rem*, delle quali fa il catalogo: *Altera mixtura est, cum actio et duplicem causam efficientem, verbi gratia, dominium et obligationem, et duplex objectum, duplicemque intentionem habet;* e quì riferisce le azioni miste, nelle quattro loro specie riconosciute dai dottori, alla testa dei quali mette il Cujacio *in paratit. Cod. fin. regund.* (2).

Non vi ha dubbio poi, che in queste azioni miste alle volte riluce più la qualità personale, ed alle volte riluce più la reale; e così parrebbe, che dalla qualità predominante dovessero venir esse denominate; ma ciò nulla ostante, è piaciuto ai dottori di chiamarle, in ogni caso e sempre, miste: *Id tamen non magis prohibet, quo minus mixtae dici possint, quam quod meracum sit vinum mixtum cum aqua, si vel minima pars aquae adfusa sit.* L'Einеccio (3).

I giudizii, che nascono da queste azioni miste, son detti doppii, perchè in essi ognuno dei litiganti fa mostra di una doppia qualità, cioè di attore, e di reo convenuto (4). E sic-

(1) Brunnemann. de concurs. et cumul. act. cap, 1 § 16.
(2) Ved. Bachov. de act. Disp. II Thes. V VI VII.
(3) Heinecc. Recit. § 1127.
(4) L. 2 § 1 D. comm. div. L. 13 de iudic. L. 10 fin. reg. L. 44 § qui tam famil. erciso.

come nelle nostre leggi di procedura civile è detto, che nelle azioni miste il foro competente è quello, dove esiste la cosa litigiosa, o quello dove sta il domicilio del reo, art. 151; così colui che figura da attore in questo giudizio, può scegliere a suo arbitrio quel foro che più gli aggrada.

Giustiniano al § 20 *inst. de act.* non annoverò fra le azioni miste la petizione della eredità, e si ristette alla triplice specie: *Familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum.* Ma egli poi al § 28 sotto lo stesso titolo venne a dir tanto, onde far comprendere, che anche la petizione della eredità fra le azioni miste dovea annoverarsi. Si vegga il Vinnio che comenta il detto § al num. 8. E da qui è, che l'universale consenso dei dottori ha sanzionata la quadruplice specie delle azioni miste, includendovi la petizione della eredità; della quale ultima abbiamo già noi di sopra ragionato.

Sono queste le quattro azioni miste, che piacque a Cuiacio di chiamar *quadriga* (1); lo che poi non arrise ad Antonio Fabro, il quale si arbitrò di dire: *Suavis est Cuiacius,* nell'ammettere la petizione della eredità tra le azioni miste: *sed suavior est mehercule, cum addit has omnes mixtas actiones, ex quibus infelicem ipse quadrigam illam constituit, plerumque magis in rem esse, quam in personam* (2). Ma la difesa del Cuiacio venne già fatta da Reinardo Bacovio, il quale parlando delle quattro conosciute specie delle azioni miste, disse: *quam recte Cuiacius quadrigam actionum mixtarum appellat: recte inquam, et vere: neque suavis hic Cuiacius, sed suavis et ineptus est Antonius Faber decad.* 94 *error.* 4 *ubi infelicem illam quadrigam appellat, eo usque provectus, ut evidentissime falsissimum dicat, quod actiones fam. ercisc. et comm. divid. sint mixtae in rem, et in personam..... Fundamentum solidum sententiae nostrae hoc est. Quod istae actiones habeant duplicem intentionem, et in iis intendatur, rem pro parte suam esse, et alterum sibi dare oportere: adeoque sit in iis duplex causa petendi, et agendi; dominium et obligatio ec.* (3).

(1) Cuiac. in paratitl. cod. fin. reg.
(2) Fabr. de error. pragm. Decad. 94 Error. 4.
(3) Ved. Bachov. de act. ad Thes. VII disput. II.

CAPITOLO SESTO.

DELLE AZIONI POSSESSORIE.

Art. xxx. Le azioni possessorie sono dirette a farci mantenere nel possesso di un'immobile, o di un diritto reale che possa prescriversi, o di una universalità di mobili, in ogni caso di molestia, e di turbativa; o a farci reintegrare nel possesso, quando ne fossimo spogliati per altrui usurpazione, sia semplice, sia qualificata.

Art. xxxi. Il fondamento delle azioni possessorie, nel caso di semplice molestia, e di turbativa, sta su due fatti:

1. Sul possesso pacifico, pubblico, e continuato per un anno almeno, con animo di padrone, ed a titolo non precario, di una cosa di sua natura prescrivibile:

2. Sulla molestia, e sul turbamento sofferto dentro l'anno per via di fatto.

Art. xxxii. Nel caso di usurpazione, sia semplice, sia qualificata, il fondamento dell'azione possessoria risiede unicamente nel fatto dello spoglio a danno del possessore, qualunque sia il suo possesso, anche violento, momentaneo, a titolo precario, e senza animo di padrone.

Art. xxxiii. L'oggetto delle azioni possessorie è quello di far cessare gli atti molesti, e turbativi; di far correggere le ingiuste usurpazioni; e di far repristinare le cose nello stato in cui erano, prima della molestia, e del turbamento

arrecato, o pria che lo spoglio fosse avvenuto; non che di far ottenere al possessore la piena rifazione dei danni a lui cagionati, e delle spese sofferte.

Art. xxxiv. Queste azioni si esercitano innanzi ai Regii giudici del circondario del luogo, dove la cosa è sita; e si sperimentano contra i molesti perturbatori, e contra i loro eredi; e nel caso di spoglio, sono esperibili eziandio contra i terzi possessori, quando essi fossero conscii del fatto del loro autore.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SESTO.

Le azioni possessorie si presentano in opposizione alle azioni petitorie, per quello che è scritto nelle nostre leggi civili, e di procedura civile. In queste seconde si distingue il possessorio dal petitorio (1); e quindi vengono riconosciute amendue le azioni, possessoriali, e petitoriali; con la preferenza però nel giudizio delle prime sulle seconde. Questo già va ora inteso per le sole azioni possessorie immobiliari, mentre in quanto ai mobili, il possesso oggi vale per titolo (2); e quindi nelle azioni mobiliari non si può ora distaccare la causa del possesso da quella della proprietà: nè presso di noi ha più luogo l'interdetto *utrobi;* come è stato già bene avvertito dal Presidente Henrion (3). Però quando si tratta di universalità di mobili la cosa va diversamente.

Anche per diritto romano la causa del possesso dovea precedere quella della proprietà, quando del possesso si fosse fatta quistione. *Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex uter possideat, ita enim fiet, ut is qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc de dominio quaeratur.* Ulpiano (4). Lo stesso per la *L.* 13 *Cod. de rei vind.* e per la *L.* 10 *Cod. de iudic.*; nella quale ultima la causa della proprietà si chiama causa *principale*, e si contrappone alla causa del possesso. Giacomo Cuiacio dimostrò la necessità di spedirsi prima la causa del possessorio, quando del possesso vi fosse contesa, e poi quella del petitorio; ed insegnò che entrambi i giudizii dovessero farsi innanzi allo stesso giudice (5). Oggi però in queste cause il giudice non è costantemente lo stesso. Nel possessorio procede sempre il Regio giudice del circondario, dove la cosa è sita, tanto esigendo l'indole straordinaria del giudizio, e la procedura spedita e sommaria, che in esso dee aver luogo. Nel petitorio allora può procedere il Regio giudice, quando il valore della causa la mette sotto la sua competenza; altrimente si

(1) Art. 129 130 131 LL. civ.
(2) Art. 2185 LL. civ.
(3) Henrion competence des jug. de paix chap. 45 § 3.
(4) L. 35 D. de adquir. poss.
(5) Cujac. observat. lib. 2 cap. 35.

va sempre, e per regola al tribunal civile, a cui tutta la giurisdizione è interamente delegata nel pieno suo esercizio.

Le nostre leggi civili poi, dopo aver distinto il possessore di buona fede da quello, che non è tale, con disegnarne i diversi effetti (1), passano a definire che cosa sia il possesso, ed a quali conseguenze di legge esso conduca. Si dice che il possesso è *la detenzione, o il godimento di una cosa* (2). Non vi è dunque possesso se non di fatto; e questo non si stabilisce, senza la materiale detenzione della cosa. Ciò è uniforme alle leggi romane, secondo le quali il possesso non potea acquistarsi, se non con l'animo, e col corpo insieme: *Nulla possessio adquiri, nisi animo, et corpore potest* (3). Si potea poi ritenere il possesso col solo animo, quando già si trovasse acquistato con l'animo, e col corpo: *licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest* (4). Ora se questo possesso già acquistato, venga oggi turbato per via di fatto, o in esso si arrechi la menoma molestia, nasce il diritto a colui, che da un anno almeno possedea pacificamente, ed a titolo non precario, ad intentare l'azione, per essere sostenuto, e rimesso nel modo stesso, come prima possedea (5). Si distingue oggi a buon conto fra possesso semplice, ossia naturale, e possesso civile, che è il possesso annale, pacifico, a titolo non precario: *Opinione domini — cogitatione domini;* come era detto ancora per diritto romano (6). L'uno e l'altro di questi possessi contiene un *quid facti,* ma il solo possesso civile, in caso di molestia e di turbativa, dà il diritto a reclamare. Più: si distingue anche oggi tra il possesso, che sempre è *quid facti,* ed il diritto a possedere, che è *quid juris.* Il primo si può turbare per la via del fatto, ed allora, se trattasi di possesso civile, esso non si perde, ma vien riparato, e rimesso per mezzo della azione che nasce dal diritto a possedere, come avviene nell'esercizio di ogni altro diritto, per esempio di servitù, di usufrutto, e cose simili. *Potest quidem possessio et juris esse, quatenus effectus aliquis inde emergit, puta facultas, se in possessione tuendi, et*

(1) Art. 474 e seg. LL. civ.
(2) Art. 2134 LL. civ.
(3) L. 153 D. de reg. jur. L. 3 § 1 2 3 D. de adquir. possess.
(4) L. 4 Cod. de adquir. et retin. possess
(5) Art. 127 proc. civ.
(6) L. 22 § 1 D. de nox. act. L. 21 Cod. de furt.

amissam recuperandi : ista tamen possessio meri facti est, quia detentio rei corporalis, et jus illud inde natum momentaneum est, neque ablata re expirat. ***L. 7 L. 15 D. de adquir. poss.*** L'Eineccio (1).

Si rende al proposito ben rimarchevole la dottrina del Teullier, che in questi termini si esprime:

« Il faut donc distinguer: le droit de posséder, qui ne « peut appartenir qu'au proprietaire en vertu de sa pro« priété;

« La possession ou la simple détention, qui est un fait;

« Enfin, le droit de possession appellé saisine par nos « anciens, et qui appartient au possesseur en vertu du fait « de sa possession annale, à celui qui, ne peut alleguer « d'autre titre de sa possession, qui, interrogé pourquoi il « possède, ne peut répondre autre chose, si ce n'est parce « que je possède.

« Le droit de posséder, la possession, et le droit de « possession, sont trois choses tellement distinctes, qu'elles « peuvent se trouver en même temps en trois personnes dif« férentes.

« Par exemple, si un propriétaire négligent se laisse « déposséder de sa terre, il n'en conserve pas moins le droit « de propriété auquel est attaché celui de posséder.

« L'usurpateur, après un an d'occupation, a le droit « de possession, c'est-à-dire le droit de se faire maintenir « provisoirement sur la détention de la terre, d'empêcher « qu'on ne l'y trouble, et de faire, à l'instar du propriétai« re, les actes permis, en vertu du droit de propriété.

« Enfin, un second usurpateur, qui aurait chassé le « premier par violence ou autrement, aurait la possession « actuelle (2).

A questo senso va inteso oggi il possesso civile, ed il diritto a possedere, che assiste al possessore pacifico, annale, ed a titolo non precario. Qui però vuolsi sempre intendere, che la cosa posseduta sia fra quelle, la cui proprietà per legge può acquistarsi con la prescrizione. « Comment, en ef« fet, la possession annale serait-elle computée pour quelque « chose, lorsque la possession la plus longue n'est computée « pour rien? Les choses imprescriptibles ne peuvent don-

(1) Heinecc ad pand. tit. de adquir. poss. § 199 in not.
(2) Toullier tom. 3 tit. 2 chap. 1 n. 79.

« ner lieu qu'aux actions pétitoires, puisqu'à leur égard,
« pour avoir un droit, il faut avoir un titre ». Il Presidente Henrion (1).

I romani conoscevano un'altra specie di possesso, cioè il possesso *juris*, che è ben diverso dal *jus possessionis*. Il *jus possessionis* suppone un preesistente possesso di fatto, dopo il turbamento del quale, o dopo lo spoglio, sorge il diritto; e quindi non può esservi diritto a possesso, se non siavi stato reale ed effettivo possesso di fatto. Il possesso *juris* dei romani non solo non ammetteva il preesistente possesso di fatto, ma lo escludeva, perchè avea luogo *sine detentione et naturali adprehensione rei*. Il testo di Ulpiano nella nota *L.* 1 § 3 *D. de bonor. possess.* dà la idea del possesso *juris*. Ivi: *est enim magis juris quam corporis possessio*. E questo si verificava nella così detta possessione dei beni, la quale era definita: *jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei quae cuiusque cum moritur fuit* (2). Il possessore qui dei beni era un successore universale, che avea il possesso *juris tantum* dei beni ereditarii, *sine detentione* (3). Onde questo tal possesso, detto *bonorum*, era del tutto diverso dalle regole generali fissate per tutti gli altri possessori di cose. *Bonorum possessio, qua de hic agitur, differt a rerum possessione, de qua agitur lib.* 41 *D. tit.* 2. Il Gotofredo (4).

Ed Ulrico Ubero, mettendo appunto in confronto il possesso, di cui parlasi al titolo *de adquir. possess.* con quello che riguarda il titolo *de bonor. possess.*, dice: *Nam illic possessio nihil est aliud quam detentio rei, et hic* (cioè al titolo *de bonor. poss.*) *etiam qui res non possidet, aeque habet bonorum possessionem, ac is, qui rebus incumbit* (5).

E questo è quel possesso *juris*, che oggi più non si riconosce presso di noi, come vedremo in appresso; mentre nelle nostre leggi civili abbiam noi seguita la massima, adottata già da gran tempo in Francia, e che il signor Tiraqueau chiamava la consuetudine del mondo, cioè che nelle successioni di qualunque natura il *morto impossessa il vivo:* massi-

(1) Henrion de la compétence des jug. de paix chap. XXXVI en fin.
(2) L. 3 § 2 D. de bonor. poss.
(3) Heinecc. ad pand de bon. poss. § 2 in not.
(4) Gotofr. ad L. 1 § 3 D. de bonor. poss.
(5) Hub. al pand. tit. de bonor. possess.

ma che poi nel codice civile dei Francesi, il quale per qualche tempo fu provvisoriamente da noi osservato, venne pienamente adottata (1). *Hodie hac missione in possessionem non opus habemus, quia consuetudine*, le mort saisit le vif, *utimur, qua statim hereditas, mortuo eo, qui possidebat, in heredem transfertur:* scrisse il Duareno (2). Ed Ulrico Ubero, dopo aver detto: *Adeo ut, nec heres possideat id, quod defunctus possedit, nisi denuo rem apprehendit*, soggiunse: *quamquam id in plerisque foris Europae aliter interpretantur, per dictum celebre Gallicum*, le mort saisit le vif—*mortuus apprehendit vivum; id est: possessio mortui continuatur in heredem* (3).

Ma torniamo là, donde partimmo. Il diritto oggi a possedere suppone sempre il preesistente possesso di fatto, che per ribattere la molestia e la turbativa, dee essere annale, pacifico, ed a titolo non precario; come è letteralmente disposto nelle nostre leggi sulla procedura civile (4). Queste leggi però non parlano nel tempo stesso del caso in cui, non già una turbativa al possessore si arrechi, ma per una ingiusta usurpazione venga egli interamente smontato dal possesso, soffrendo uno spoglio, o semplice, o qualificato. Sappiamo tutti, che nel caso della semplice molestia, e della turbativa è data l'azion civile possessoria: nel caso della usurpazione e dello spoglio è data l'azion civile, ed anche la penale (5). Ma nello sperimento della azion civile nascente dallo spoglio, non si rendono certamente adattabili le massime fissate dall'art. 127 della procedura civile, sulle qualità del possesso richieste nel possessore. Nel caso dello spoglio, sia semplice, sia qualificato, qualunque sia il possesso che si invade, ha sempre avuto luogo la regola: *spoliatus ante omnia restituendus;* che anche oggi dee valere, per le ragioni fissate nelle giurisprudenza universale. « Pour la com-« plainte, il faut avoir la saisine; pour la réintégrande, il « suffit de la possession effective au moment de la spolia-« tion (6) ».

(1) Art. 724 Cod. civ.
(2) Duaren. ad tit. D. quor. bonor. cap. 1.
(3) Hub. ad pand. tit. de adquir. poss. n. 4.
(4) Art. 127 proc. civ.
(5) Ved. l'art. 1934 LL. civ. e l'art. 246 e seguenti LL. penal.
(6) Ved. Berriat-Saint-Prix proced. civ. tom. 1 Sect. II chap. III n. 3. Ved. anche Henrion de la competence des jug. de paix chap. 32.

davano la proprietà (1); non perchè essi contenessero l'esame della causa della proprietà, ma nel senso, che con essi finiva il tutto, e non vi era più di che contendere (2). Per l'opposto i semplici interdetti possessorii decidevano solamente del possesso, e lasciavano il luogo alla quistione sulla proprietà. Questa si esaminava nel secondo giudizio, in cui risedeva la causa principale, così detta da Costantino (3); cioè quella della proprietà.

Di siffatti interdetti nel possessorio del Pretore romano, dopo abolita questa magistratura, e dopo tolte le solennità delle formole, non restò altro, che l'azione *ex causa interdictorum,* esperibile innanzi ai giudici del merito, preliminarmente alla causa nel petitorio. E ciò era accaduto già ai tempi di Giustiniano, ma egli volle conservare l'idea ed anche il nome degl'interdetti nelle sue collezioni, e volle rapportarli distintamente ritenendo anche gli antichi vocaboli: *ut eo facilius adpareat unde descenderint* le azioni possessorie, che ne profluivano. *Voluit enim Justinianus ad cognitionem antiquitatis separatim tractare interdicta.* L'Oldendorpio (4).

Le azioni nascenti dagl'interdetti per diritto romano erano straordinarie, onde il titolo del Digesto *de interdictis, seu extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Ed il procedere straordinario importava il celere disbrigo della causa, senza formalità di giudizio, e la sommaria cognizione, a cui era affidata. Ed in questo senso erano avviati e decisi tutti i giudizii possessorii. In essi, al dire del Boemero: *leviores probationes admittuntur, exceptiones altioris indaginis respuuntur* (5).

Ora nei giudizii possessorj nello stesso modo appunto si procede per le attuali leggi sulla procedura civile. Essi si agitano innanzi ai Regii giudici di circondario, ai quali è data dalla legge una straordinaria giurisdizione, con una procedura sommaria ed abbreviata, senza le altre formalità, che nei giudizii plenarii sono richieste.

Nel merito poi del giudizio possessorio, e nell'esercizio delle azioni, che vi corrispondono, le cose oggi per molti

(1) Ved. L. 2 § 2 D. de interd.
(2) Ved. la L. 1 § ult. D. de aqu. quotid.
(3) L. 10 Cod. de iudic.
(4) Oldendorp. class. II act. 1.
(5) Boehmer. Sect. II cap. 4 § 2 ved. Cuiac. tom. 1 pag. 848.

si vel maxime cum beneficio inventarii hereditatem adiit, cum nihilo minus heres maneat. Item ob electionem, vel dubium, quod circa rem legatam occurrit. Il Boemero (1).

L' interdetto Salviano accordava l' azione al locatore del fondo contra il conduttore non adempiente, per aver il possesso dei beni obbligati al tempo del contratto; e questa stessa azione concedevasi ad ogni qualunque altro creditore per lo così detto *quasi-Salviano*. *Quasi Salvianum, quod competit cuique creditori ad persequendam possessionem rerum sui debitoris, pignori obligatarum* (2). L'azione nascente dal Salviano differiva dalla Serviana, appunto come l' interdetto *quor. bonor.* diversificava dalla petizione della eredità; mentre il Salviano riguardava il possesso nel giudizio possessorio, e la Serviana riguardava la proprietà nel petitorio. Ma si riputava più utile e più vantaggioso il possedere, che il pretendere (3).

Al quasi-Salviano si assomigliava il giudizio di assistenza, che presso di noi avea luogo nel vecchio foro, detto così: *quia imploratur officium judicis, ut assistat captioni possessionis bonorum debitoris, pro executione pacti de capiendo bona* (4). Questo giudizio era protetto dalla nota Prammatica unica *de assistentia;* e credevano i nostri dottori che essa traesse origine dalla *L.* 3 *D. de pignor. act.*, dove: *At tamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debet.*

Seguono i due interdetti: *retinendae, et recuperandae.* Il possesso già acquistato potea esser turbato per via di inquiete e moleste operazioni, di modo che non se ne permettesse libero, e pacifico l'esercizio, o potea esser tolto del tutto, per via di invasione, e di ingiusta usurpazione, così che restasse affatto impedito il poterne più usare. Al primo caso adunque si riparava con gl' interdetti *retinendae:* e per lo secondo caso, stava l'interdetto *recuperandae.*

Due erano gl' interdetti del primo ordine, che reprimevano le turbative, cioè l'interdetto *uti possidetis,* indicato per gl'immobili, e l'interdetto *utrobi,* per le cose mobili. L'uno e l'altro di essi accordavasi a colui, che avea per se un pos-

(1) Boehmer. Sect. II cap. 3 § 64 et in not.
(2) Cuiac. tom. 9 pag. 1173. Ved. Vinn. ad § 3 Inst. de interdict.
(3) § 4 Inst. de interdict.
(4) Leonard. Ric. Prax. tom. 2 pag. 114 u a.

sesso, *neque vi, neque clam, neque precario*, contra colui, che veniva a turbarlo; e ciò 1.° perchè desistesse dal fargli molestia, 2.° perchè desse cauzione di non turbarlo più, 3.° perchè gli rifacesse i danni e gl' interessi. I termini nei quali veniva conceputo ques'o interdetto, erano: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (1). Dal che si vede, che il possesso vizioso, nascente da violenza, da atti clandestini, o da titolo precario, che rimovea la protezione dell' interdetto, dovea aver causa dalla persona stessa di colui, che apportava la turbativa: *alter ab altero;* e non già da persone estranee. Quindi, allorchè il possessore avea causa da un terzo, per un possesso, anche vizioso sotto il detto triplice rapporto, il suo possesso era rispettato: *Ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio: si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere* (2). E la ragione era addotta dal giureconsulto Paolo: *Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscumque enim possessor est, plus juris habet, quam is, qui non possidet* (3).

In secondo luogo è marcabile, che qui nell' interdetto vien menzionata la forza: *vis*. Ora per forza qui si intendea ogni, benchè minima, molestia che apportasse turbativa. Era diversa la *vis*, che in questo interdetto è menzionata, dall'altra espressa nell' interdetto *unde vi*. Nei casi di semplice turbativa per violenza intendeasi ogni atto, che si facesse *nullo jure:* nel qual senso si trovano nelle leggi in opposizione: *vis, jus*. È così prende significato la voce *vis* nel celebre rescritto di Aurelio Antonino, che sta riposto nella *L.* 13 *D. quod met. caus.: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est, et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit.* Si rende al proposito ben rimarchevole il passo della orazione di Cicerone pro Sexto:

Quis enim vestrum, judices ignorat, ita naturam rerum tulisse, ut quodam tempore homines, nondum neque natu-

(1) L. 1 princ. D. uti poss.
(2) Dict. L. 1 § ult.
(3) L. 2 D. eod.

rali, neque civili jure descripto, fusi per agros, ac dispersi vagarentur, tantumque haberent, quantum manu, ac viribus per caedem, ac vulnera, aut eripere, aut retinere potuissent? Qui igitur primi virtute, et consilio praestanti extiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis, atque ingenii, dissipatos unum in locum congregarunt: eosque ex feritate illa ad justitiam atque mansuetudinem transduxerunt: tum res, ad communem utilitatem continentes, quas publicas appellamus: tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt: tum domicilia conjuncta, quas urbes dicimus, invento et divino et humano jure, moenibus sepserunt. Atque inter hanc vitam perpolitam humanitate, et illam immanem, nihil tam interest, quam jus atque vis, horum utro uti nolimus, altero est utendum. Vim volumus extingui? jus valeat necesse est, id est judicia, quibus omne jus continetur. Judicia displicent, aut nulla sunt? vis dominetur necesse est.

L'Oldendorpio riferisce anche egli questo passo di Cicerone, e con ragione soggiugne: *Cujus verba ideo retuli, quod, si ea mediteris, plus tibi sint utilitatis adlatura, quam omnes commentarii, ad intelligenda Praetorum adversus vim interdicta* (1).

La violenza dunque, anche leggiera, cioè quella che nasce da un' atto semplicemente *contra jus*, e che meglio va definita molestia o turbamento, era corretta dall' interdetto *retinendae*, sia *uti possidetis*, sia *utrobi*, con garantirsi e proteggersi il possesso non vizioso. Nell' interdetto però *uti possidetis* si guardava il possesso nell'atto della turbazione — *uti nunc possidetis eas aedes* (2). E nell'interdetto *utrobi* non si valutava il possesso del momento, ma si ricercava un possesso precedente alla turbativa, che fosse almeno di mesi sei: *utrobi hic homo, quod de agitur, minori parte hujusce anni fuit* (3). Per modo che nella azione possessoria immobiliare vinceva colui, che in atto dimostrava di possedere, *neque vi, neque clam, neque precario:* e nelle azioni possessorie mobiliari vinceva colui, che avea posseduto al modo stesso per la maggior parte dell' anno, in cui la turbativa era avvenuta (4).

(1) Oldendorp. class. II act. 5.
(2) L. 3 § 6 D. uti possid.
(3) Ved. Vin. ad § 4 Inst. De interd. n. 4.
(4) Ved. L. 156 De verb. sign. Paul. 5 sent. 6.

L'interdetto poi *uti possidetis* si diramava in varie specie, ed acquistava quindi nomi particolari, in ragione degli oggetti diversi, ai quali era rivolto; ed è marcabile, che spesso variava in quanto al tempo assegnato per lo possesso. Nelle servitù rustiche vi era 1.° L'interdetto *de itinere actuque privato*, che garantiva il possesso di un'anno (1); lo che riguardava non solo il diritto del passaggio, ma il diritto ancora alla rifazione dell'*itinere*, o dell'atto, quando in ciò vi fosse impedimento (2). 2.° Vi era l'interdetto *de aquaeductu*, — *de aqua quotidiana*, nel quale anche bisognava dimostrare che nel corso dell'anno qualche volta l'acqua si fosse condotta (3): e questo interdetto non era solo *proibitorio*, ma era anche *restitutorio* (4). 3.° L'interdetto *de aqua aestiva*, nel quale bastava far vedere che nell'estate precedente si era trasportata l'acqua (5). 4.° L'interdetto *de aqua castellana* (6). 5.° L'interdetto *de rivis*, nel quale anche si dovea provare, *quod priore aestate, vel hoc anno aquam duxerit* (7). 6.° L'interdetto *de aquae haustu: ne possessor aqua fontana uti prohibeatur*; ed a questo interdetto si ricorreva, così per esser lecito di attignere l'acqua, come per abbeverare il bestiame (8). 7.° L'interdetto *de cloacis*, che anche era o proibitorio, o restitutorio (9). *Illud huc collideat, ne fiat vis ei, qui cloacam, h. e. locum vacuum per quem collusies fluit L. 1 § 4 D. de cloac. reficere, et purgare vult. Hic illud singulare occurrit, quod refectio impediri non debeat, si vel maxime alter vi, clam, vel precario possideat. L. 1 § 7 eod. Vi hujus interdicti permissum est in aedes vicini venire, et pavimenta, purgandae cloacae gratia rescindere: dummodo actor paratus sit restaurare id quod ex necessitate reficiendae cloacae causa resciderat. L. 1 § 12 eod.* Il Boemero (10).

Agli interdetti *retinendae* veniva appresso l'ultimo in-

(1) L. 1 § 2 D. de itin. act. priv.
(2) Ved. Boehm. Sect. II cap. 4 § 14.
(3) L. 1 § 2 D. de aq. quotid. et aest.
(4) Ved. Boehm. loc. cit. § 21.
(5) L. 1 § 31 D. de aq. quotid. et aest.
(6) L. 1 § 39 D. eod.
(7) L. 1 § 9 D. de riv.
(8) L. unic. § 2 de font.
(9) L. 1 § 1 15 D. de cloac.
(10) Boehm. loc. cit. § 28.

terdetto possessorio, che era quello *recuperandae possessionis*. Questo aveva luogo allorchè, non già una semplice turbativa si fosse arrecata al possessore, ma quando del tutto si fosse tolto a lui il possesso con fatti violenti; per modo che non potesse più usarne. Un tale interdetto era conosciuto sotto la denominazione dell'interdetto *unde vi*, ed avea luogo per le sole cose immobili; poichè per gli mobili stava l'azione di furto, o quella *vi bonorum raptorum*. *Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel aedium, vi deiectus est* (1). Qui la violenza era intesa in senso più forte, e più preciso. *Si quis atrociore vi possessione sua pellatur, naturalis, et civilis ratio suadet ut adversus immanem violentiam defendatur. Et quamquam legibus de hoc sit sancitum, noluit tamen et Praetor ea in re ociosus videri, et interdictum proposuit*. L'Oldendorpio (2). Ma nei stretti termini valeva l' interdetto *unde vi*, quando lo spoglio fosse seguito violentemente con mano armata; che se non si fosse arrivato ad usare delle armi, e si fosse eseguito frodolentemente lo spoglio senza far manifesta violenza, si ricorreva all' interdetto *quod vi aut clam* (3).

L'interdetto *unde vi* si accordava ad ogni possessore qualunque, o che fosse egli nel possesso *civile*, o che fosse anche nel possesso *naturale* del fondo, dove la violenza si era praticata (4). Più: si giovava di esso anche il possessore che possedea *vi, clam, et precario* (5). E si estendea tant'oltre il suo beneficio, che non si facea più differenza, nella persona del possessore, *sive corpore, sive animo possideat* (6). Tutta la ragione era riposta nel giusto odio conceputo contra gli invasori, e nell'impegno di impedire le violenze per via di fatto: *etenim fuit aequissimum, vi deiecto subvenire*. Ulpiano (7). Si agiva con questo interdetto ad oggetto di ricuperare il possesso *cum omni causa*; e si

(1) § 6 Inst. de interd.
(2) Oldendorp class. II act. 10.
(3) Oldendorp. dict. loc.
(4) L. 1 § 9 D. de vi et vi arm.
(5) L. 14 L. 17 D. eod.
(6) L. 1 § 24 D. eod.
(7) L. 1 § 1 D. eod.

accordava *intra annum*, e dopo l'anno ancora, *de eo, quod ad deiicientem pervenit* (1).

Per quanto poi fosse esteso l' uso di questo interdetto *unde vi*, esso non si accordava per diritto romano giammai contra il terzo possessore del fondo, che con la violenza si era usurpato. Egli è noto che l'azione anche contra il terzo venne in seguito per disposizione dei sacri Canoni, i quali sotto nome di spoglio significarono la violenta usurpazione, di che è parola; ed a differenza delle leggi romane diedero l'azione così per le cose mobili che per gl'immobili (2). Ma il terzo possessore dovea esser conscio dello spoglio avvenuto, e quindi dovea ritrovarsi in mala fede. Presso di noi però, per la Costituzione *Circa violentiarum poenas*, questa azione contra il terzo possessore si accordava, o che fosse egli sciente, o che ignorasse lo spoglio commesso dal suo autore. Più: in ogni caso di spoglio e di violenta usurpazione per via di fatto, avevamo noi il rimedio straordinario del ricorso al Principe, il quale accoglieva i clamori degli oppressi, e sovranamente vi provvedea, in forza di ciò che era scritto nei Capitoli del regno del Re Roberto (3).

SEZIONE SECONDA.

DIRITTO ODIERNO SULLE AZIONI POSSESSORIE.

Oggi di tutte le azioni possessorie, nascenti dagli interdetti *adipiscendae*, niente più è in uso: e resta anche inutilizzato il rimedio uniforme che dava la *L. ult. Cod. de edict. div. Hadr. toll.*

In quanto alla prima specie di questi interdetti, cioè all'interdetto *quor. bonor*, ed alla detta *L. ult.*, egli è ben chiaro, che ora gli eredi legittimi ed i legatarii universali non hanno punto bisogno di ricorrervi. Le nostre leggi civili, secondando l'ordine della natura, che *abhorret a vacuo*, non ammettono alcun voto nelle successioni, e conservano la regola che *il morto impossessa il vivo*.

(1) L. 1 princ. D. eod. L. 2 Cod. unde vi.
(2) C. 18 estr. de rest. spol. Cap. reintegrandae 3 C. 3 9 1.
(3) Cap. Ad regale fatigium. Charitatis effectus. Finis praecepti charitas. Omnis praedatio.

Per gli eredi legittimi certamente sta l'art. 645, in cui è detto, che essi *acquistano ipso jure il possesso dei beni, de' diritti, e delle azioni del defonto*. Se poi essi siano eredi irregolari, anche acquistano un tal possesso, ma col peso di adempiere a ciò, che è prescritto negli articoli 685, 686, 687; e nel caso di inadempimento, restano risponsabili dei danni e degli interessi verso gli eredi che in seguito si presentassero, ai termini dell'altro articolo 688.

In quanto agli eredi testamentarii, o sia ai legatarii universali, è detto altrettanto nell' art. 932. *Quando a morte del testatore non vi siano eredi, ai quali la legge riservi una quota dei beni, questi passeranno* ipso jure *dal giorno della morte di quello all'erede scritto, o al legatario universale, senza obbligo di domandarne il rilascio*. Il requisito della incsistenza degli eredi legittimarii, onde poter passare il possesso dei beni all' erede scritto, è necessario, poichè quando esistono tali eredi, non vi è, propriamente parlando, erede universale scritto: l'erede universale in tal caso è l' erede legittimario chiamato dalla legge, al quale l' erede scritto dee chiedere il possesso dei beni; mentre il primo ha il diritto di ritenere la sua porzione legittima.

Nè fa ostacolo ciò che è stabilito nell' art. 938 LL. civ. sul conto dei testamenti olografi, e mistici, dicendosi che *l' erede* in essi istituito, o *il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso con un'ordinanza del giudice del circondario, stesa a piè dell'istanza, cui sarà unito l'atto del deposito*. L'ordinanza qui del Regio giudice, che accorda la immissione nel possesso, non attribuisce diritto al possesso, ma è di semplice formalità, per darsi al testamento olografo o mistico la forza stessa, che hanno i testamenti per atto pubblico, cioè la via esecutiva. Il testamento olografo non è che una carta privata, e quindi si rende passibile di tutte le eccezioni, che in faccia alle carte private possono dedursi. Si può dire, che non sia scritto di carattere del testatore, che pecchi di qualche vizio o di data, o di firma, o di cancellazioni, di rasure; ed altro. Ed è perciò che la legge destina il Regio giudice il quale esamina la materialità della carta, e trovandola regolare, la riveste di formola esecutiva. La dottrina in questi termini è già ben espressa, e ragionata dal signor Toullier (1).

(1) Toullier tom. 5 § 500 502.

Dunque l'interdetto *quor. bonor.* è andato oggi in disuso. E veramente reca maraviglia come l' illustre pratico Francese signor Demieaux Crouzilhac abbia potuto in ciò persuadersi in contrario, scrivendo egli nettamente, mentre parla delle azioni possessorie, che anche oggi può aver luogo l'interdetto *quor. bonor.* Ecco come si esprime :

« Il y a deux sortes de possession, celle de fait, et celle « de droit: la possession de fait qu'on appelle aussi corpo- « relle, est, suivant la définition de l'article 2228 du Code « Napoléon, *la détention ou la jouissance d'une chose ou « d'un droit que nous tenons, ou que nous exerçons pour « nous mêmes, ou pour un autre qui le tient ou qui l'exerce « en notre nom.*

« La possession de droit, ou civile est, en quelque sorte « opposée à celle de fait en ce qui elle ne consiste que dans « la disposition de la loi, sans être accompagnée du fait, « comme lorsque la loi dit que les héritiers légitimes sont « saisis de plein droit, des biens, droits, et actions du dé- « funt (article 724 du Code Napoléon) en telle sorte que « les biens, dont se compose la succession passent en leur « possession dès l'istant du décès de celui, auquel ils suc- « cèdent selon la loi de la nature, et du sang, quoique les « mêmes biens soient détenus, ou possédés par tout autre. « Tel est l'effet de la maxime *le mort saisit le vif.* Mais « comme cette possession produit toute autre action que « celle dont il est ici question, à moins qu'on ne la fasse « concourir avec la possession de fait du défunt, en cas de « trouble, ou d'usurpation, il est inutile de s'en occuper « en particulier, puisqu'elle se trouve confondue dans le « principe général des actions possessoires, au moyen de la « possession qui existait, *de fait*, sur la tête du décédé, « suivant les dispositions de l'article 2235 du Code Napo- « léon, ou bien dans celle en pétition d'hérédité, qui est « hors de la compétence des justices de paix; on l'appellait « autrefois, l'interdit *quorum bonorum:* cette action est en- « core en vigueur, quoiqu'elle n'ait pas conservé cette dé- « nomination, on l'exerce en demandant dans l'assignation « en délaissement de l'hérédité, la possession provisoire, « *pendente lite,* au juge du pétitoire (1). »

Questo discorso del signor Crouzilhac, che si incammina

(1) Dem. Crouz. de la justice de paix tit. IV.

con buoni principii, ma poi devia, par che si potrebbe raddrizzare nei seguenti termini, tenendosi anche dietro alle teorie delle azioni possessorie di sopra espresse, e tratte dal signor Toullier.

O il morto avea il possesso di fatto, e questo passa ai suoi eredi, o legatarii universali: o il morto aveva diri to a possedere, o aveva diritto al possesso; e tali diritti passano anche ai suoi eredi ed ai suoi legatarii universali. In questo secondo caso però gli eredi ed i legatarii universali, che producono il diritto a possedere, o al possesso, non debbono ricorrere all' interdetto *quorum bonorum*, che non è del caso, ma sono abilitati ad esercitare in giudizio le ragioni, che loro competono per diritto ereditario; facendo quello che il defonto stesso farebbe *si in humanis esset*. La petizione della eredità presenta un giudizio, che niente ha che fare con l'interdetto *quorum bonorum*, nè con l'azione possessoria. E se nel corso di questo giudizio l' erede, o il legatario universale, che non ha il possesso di fatto, vuol dimandarlo al giudice competente, può farlo, senza ricorrer mai all' interdetto *quor. bonor.*: ma spingendo una azione possessoria in turbativa; mentre la legge che sovranamente supplisce al fatto, suppone che egli sia già nel possesso di fatto per la regola: *il morto impossessa il vivo*.

Per le stesse ragioni non ha più luogo oggi l' azione nascente dall' interdetto *quod legat*. Egli è vero che per l'articolo 968 LL. civ. il legatario particolare *non può mettersi nel possesso della cosa legata, nè prenderne i frutti o gli interessi, se non dal giorno della dimanda fatta secondo l' ordine stabilito nell' articolo* 965; val quanto dire dal giorno della dimanda fattane agli eredi, ai quali la legge riserva una quota, ed in mancanza, agli eredi testamentarii o ai legatarii universali. E quindi contravvenendo i legatarii particolari al prescritto qui nella legge, possono essere obbligati ad abbandonare il possesso. Ma tutto ciò accade, non col farsi uso dell' interdetto *quod legator.*, bensì col beneficio dell' azione possessoria in turbativa, per la ragione, che i detti eredi, o legatarii universali, *ministerio juris*, pria che i legatarii particolari divenissero possessori, erano già nel possesso di diritto e di fatto delle cose legate, che si comprendevano nella eredità, fin dal tempo della morte del defonto: *il morto impossessò il vivo*.

L' interdetto poi *Salviano*, ed il *quasi-Salviano* anche oggi sono svaniti, e con essi la prammatica unica *de assistentia*. Per le nostre leggi civili i mobili che servono a guarnire le case, il bestiame, e gl' istrumenti che tendono a fornire i fondi rustici dati in affitto, come anche ciò, che serve alla coltivazione di tali fondi, ed i frutti raccolti nel corso dell' anno, formano il pegno legale del proprietario, a segno che viene egli ad avere su questi oggetti un' esteso privilegio (1). E se i mobili introdotti dai fittuarii fossero trasportati altrove, senza il consenso del locatore, può egli farli raggiugnere, e sequestrare, nei modi, e sotto le condizioni espresse nell' art. 1791. Più: il creditore esercita il privilegio, ed ha la prelazione su tutto ciò, che ha ricevuto in pegno, giusta l'art. 1943, ec. Queste cose però appartengono a privilegii, e danno ragione a sequestri (2); lo che è ben diverso dal diritto *ad adipiscendam possessionem*. Il sequestro qui è un principio di esecuzione, diretto ad assicurare il credito privilegiato, e non importa mai acquisto di possesso. Che anzi i sequestri giudiziali di questa fatta, nei quali o precede, o sussiegue l' ufizio del giudice, per esser proficui, non tolgono giammai il possesso al sequestrato, secondo la nota teorica di Bartolo sulla *L.* 39 *n.* 4 *D. de adquir. poss.*, che si è sempre rispettata nel foro (3).

Fin qui del primo interdetto possessorio, *adipiscendae*. Segue ora l' interdetto *retinendae*, che si divideva in due presso i romani, cioè in quello *uti possidetis* per gl' immobili, e nell' altro *utrobi* per le cose mobili. In quanto all' interdetto *uti possidetis*, egli è chiaro che per le nostre leggi civili esso è in piena osservanza presso di noi. Vi è un titolo a parte nella procedura civile, che tratta *dei giudizii sulle azioni possessorie*, e sotto questo titolo si parla appunto della molestia, e della turbativa recata dentro l'anno al possessore pacifico, ed a titolo non precario; nel che sta l'indole dell' interdetto *uti possidetis*. Se non che, non abbiamo noi sul conto di questo interdetto e sulle sue diverse specie quel dettaglio minuto, in che diffondevansi le leggi romane, come di sopra si è qui osservato. Egli è ciò vero: ma non può negarsi, che mentre il nostro legislatore

(1) Art. 1598 1612 1791 LL. civ.
(2) Il detto art. 1971 LL. civ. art. 902 proced. civ.
(3) Ved. Fabro ad Cod. de prohib. sequestr. pecun. dec. 2.

ha creduto nella sua saggezza di parlare in generale delle azioni possessorie, e del turbato possesso, ha poi detto nel corpo delle leggi tanto, quanto è bastante per adattare l'interdetto *uti possidetis* a tutti i casi, dove si rende utile e necessario. Risulta ciò dalle stesse leggi sulla procedura civile, dalla legge organica dell'ordine giudiziario, e dalle leggi civili.

Si parla in questi luoghi *delle servitù nel possessorio; di innovazioni, e di attentati commessi entro l'anno sul corso delle acque inservienti all'agricoltura; e di ogni altra azione possessoriale* (1). Si parla delle sorgenti, e dell'uso che debba farsene, salvandosi il diritto al proprietario del fondo inferiore, e della prescrizione che possa favorire questo proprietario; dal che può nascere a favore di costui una ragione di servitù attiva. Più: parlasi del proprietario della sorgente, che non può deviarne il corso in pregiudizio *degli abitanti di un comune, villaggio, o borgo;* nel che vedesi fissato un diritto capace a produrre azione possessoria in ogni caso di turbativa (2). Si dà il diritto al padrone del fondo, lungo il quale scorre *un'acqua corrente, a potersene servire per la irrigazione dei suoi fondi* (3); ed altro. Il tutto viene a rifondersi nell' interdetto *retinendae*.

È marcabile soltanto, che per queste azioni possessorie corre ora la regola in generale, che debbano esser proposte *fra l'anno del turbato possesso* (4); la qual cosa è ben diversa dalla regola che custodivano le leggi romane sull'interdetto *uti possidetis*. Abbiam veduto di sopra, che in questo interdetto era riguardato il possesso al tempo della turbativa; ed in taluni casi particolari si riguardava l'anno del possesso. Ma noi abbiam seguito nelle azioni possessorie il sistema francese, per ciò che è scritto nell'abolito Cod. di proced. art. 23, dove anche è fissato *l'anno dal turbato possesso*. Ed assicura il presidente Henrion che questo termine nelle azioni possessorie trae origine dalle leggi Saliche sotto il tit. 47; dove è scritto. *De eo qui villam alie-*

(1) Art. 22 n. 3 4 Leg. org. art. 103 n. 3 4 proced. civile.
(2) Art. 563 564 565 LL. civ.
(3) Art. 566 dette LL.
(4) Art. 127 proced. civ.

nam occupaverit, vel si duodecim mensibus eam tenuerit (1).

Vi è l' altra specie dell' interdetto *retinendae*, che era presso i Romani l' interdetto *utrobi*, destinato per le cose mobili. Ora abbiamo già di sopra avvertito, che questo interdetto non ha più luogo presso di noi, nella circostanza che al presente il possesso per i mobili vale per titolo, e quindi non si distingue più la causa nel possessorio da quella nel petitorio. Ma è tempo qui di avvertire che ciò va inteso per i mobili, e per gli effetti mobiliari (2) particolarmente presi, e non già per quelli posti in collettiva per modo, che presentino una totalità, ed un *quid universum*, come accade nelle successioni. Per gli mobili presi nel senso primiero, mentre oggi non si riconosce azione in possessorio, si dà però l' azione a chiederne il sequestro ad oggetto di revindicazione (3). E così per altra strada si supplisce a salvare il diritto del proprietario, pria che sperimenti egli il giudizio di revindicazione. Allorchè poi trattasi di mobili presi in collettiva, e che presentano una totalità, ed un *quid universum*, l'affare va inteso diversamente. Noi oggi conosciamo i legati a titolo universale, articolo 964 LL. civ., che sono di novella introduzione, nei quali espressamente è detto, che possono comprendersi la *metà*, il *terzo*, ovvero tutti i mobili, o una quota di essi. Il legato dunque dei mobili fatto a questo modo è un legato di *quota*, che abbracciando una universalità di beni, offre la idea di una specie d' *immobile*. Non può negarsi, che questi legati a titolo universale, i quali ora si leggono nelle LL. civ., si sono attinti dal codice civile de' Francesi, che per qualche tempo fu provvisoriamente in vigore nel nostro regno. Ora è stato sempre sicuro in Francia, che i legatarii a questo senso dei beni mobili avessero diritto all'azione possessoria, come se si trattasse di un' immobile. Si senta il Bourjon: *Benchè l'azione possessoria non abbia luogo per i mobili, nondimeno essa ha luogo per una universalità di mobili, come in materia di successione mobiliare, perchè tale università sembra rappresentare una specie d' immobile.* Ed a costui fa eco il signor Du Plessis: *sapit quid immo-*

(1) Ved. Henrion compet. des jug. de paix chap. 35.
(2) Art. 450 e seg. LL. civ.
(3) Art. 909 proc. civ.

bile. Vi è anche l' avviso del signor Lauriere sull' articolo 97 della consuetudine di Parigi, e vi sono altre autorità, già raccolte dal signor Henrion de Pansey nell' opera da noi qui spesso citata; il quale autore sotto questi rapporti, nel definire l' azione possessoria si esprime così: « Est une « action qui appartient à celui qui a la possession civile « d'un droit réel, ou d'une universalité de meubles, pour « s'y faire maintenir, lorsqu'il est troublé « (1).

Egli è perciò che noi qui in questo trattato nell' articolo 30 abbiamo scritto: *Le azioni possessorie son dirette a farci mantenere nel possesso di un' immobile, o di un diritto reale, che possa prescriversi, o di una universalità di mobili, in ogni caso di molestia, ec.*

Ma nella teoria delle azioni possessorie per lo interdetto *retinendae* tutti i pratici ammettono, che oltre alla turbativa *di fatto* vi sia anche una, così detta, turbativa *di diritto* (2): non già perchè in questa seconda non vi sia ben anche il fatto molesto che inquieti il possessore; ma perchè cotesto fatto consiste nell'arbitrario, ed abusivo esercizio di un diritto: Fingete, che colui, il quale reclama o vuol reclamare una cosa, senza aspettare che questa gli sia accordata, e senza averne ancora il possesso, si arbitri di fare atti legali conservatorii, con i quali turbi la pace del possessore attuale. Ciò accade se egli si senta autorizzato a far opposizione fra le mani del terzo, che tiene la cosa; ad impedire che egli ne percepisca i frutti o le rendite per via di sequestri tra le mani dei conduttori e dei rendenti della cosa stessa; o in fine ad emettere altri atti simili capricciosi ed abusivi. Egli allora turba sicuramente la quiete del pacifico possessore, e da diritto a costui di agire in azion possessoria per turbativa. *Turbat autem quisque etiam per simplicem oppositionem. Ideo in foro dicere solent:* Opposition vaut trouble: *etiam si fructibus manum nunquam admoverit*. Il Bourjon.

Più: anche nel caso di forti e spaventose minacce, le quali atterriscono ed arrestano gli uomini pacifici, che si credono sicuri sotto l'ombra della legge, vi è luogo a ricor-

(1) Henrion de Pansey de la compet. des jug. de paix chap. XLV § 5 et chap. XXXVI Ved. anche Berriat-Saint-Prix proced civ. tom. 1 Sect. II chap. II § 1 n. 2 et § 2 en fin. Merlin repert. voc complainte § 2.
(2) Vedi fra gli altri Henrion della compet. dei giud. di pace. Cap. 37.

rere per turbativa: *Comminatio: nam minae et jactationes etiam verborum turbant, quia scilicet obsint possidenti, ne commode uti re sua possit*. Il signor d'Argentrè (1).

Noi intanto, nel concepire gli articoli 31 e 33 del presente trattato, non abbiam creduto necessario di venire a questi ultimi dettagli sul conto della turbativa. Le teorie qui fanno parte della giurisprudenza, ed entrano nei calcoli della ragione interpetrativa della legge. Ci è sembrato dunque bastante l'esprimere soltanto il fatto molesto del perturbatore, che sempre è in causa, e nel quale il tutto si racchiude.

In quanto poi all'ultimo interdetto possessorio *recuperandae possessionis* le nostre leggi di procedura serbano silenzio. Ma le leggi civili, art. 1934, lo suppongono sicuramente; poichè nel detto articolo al n. 3 si accorda l'azione, *pel rilascio giudizialmente ordinato di un fondo, il cui proprietario fu spogliato per via di fatto; per la restituzione de' frutti raccolti, durante l'indebito possesso, e per lo pagamento dei danni, ed interessi aggiudicati al proprietario*. Ed in questa azione si permette anche l'arresto personale, ordinandosi, *che il giudice non può dispensarsi dal pronunciarlo* (2).

Dunque si riconosce lo spoglio violento, e vi si provvede; lo che era anche per l'abolito codice civile, e si trova sanzionato in Francia sotto l'articolo 2060 n. 2 Cod. civ., nel quale parlandosi di colui che è stato spogliato per via di fatto, si accorda a lui la *reintegrazione*; voce propria e legalmente adattata, per esprimere la materia in proposito.
« En cas de réintégrande, pour le délaissement ordonné
« par justice d'un fonds, dont le propriétaire a été dépouil-
« lé par voies de fait. »

Ed in Francia anche oggi si distingue bene fra l'azione in semplice turbativa sotto il nome di querela, *complainte en cas de saisine et nouvellete*, e l'azion per *reintegrazione*; avendo ognuna di esse un'avviamento diverso in giudizio, ed un'oggetto diverso (3).

Noi dunque non fuor di ragione ci siamo creduti abilitati

(1) Ved. Bourjon e d'Argentrè presso Henrion nel luogo citato.
(2) Art. 1934 LL. civ. nel princip.
(3) Ved. Henrion oper. cit. chap 35 52 Berriat Saint-Prix dit lieu. Merlin repertoir. voc. complainte § 1 3.

qui in questo Trattato a fissare negli articoli 30 32 le teorie, che possono riguardare l'azione possessoria nel caso di reintegra per cagion di usurpazione, ossia di spoglio, così *semplice*, che *qualificato*; avendo anche presenti gli articoli 426 427 LL. penali. Abbiam creduto, sulle tracce di ciò che per diritto civile, e per diritto canonico era disposto, che nel caso dello spoglio si dovesse riguardare non già il possesso annale, ma il possesso del momento, di qualunque natura esso fosse; per modo che dovesse esser garantito anche il possesso nascente dalla violenza, il possesso clandestino, ed il possesso a titolo precario. L'articolo 127 proc. civ. che richiede il possesso annale, suppone il caso della semplice turbativa: esso non è mai riferibile alle azioni di reintegra per causa di spoglio. Più: abbiamo opinato, non senza ragione, che l'azione competesse anche contra il terzo possessore, a condizione però, che egli fosse conscio dello spoglio avvenuto, e restasse quindi costituito in mala fede.

CAPITOLO SETTIMO.

DELLA NUNCIAZIONE DELLA NUOVA OPERA.

Art. xxxv. La nunciazione della nuova opera è una specie di azione possessoria, che si intenta contra colui, che va a fare una qualche novità nel suo fondo, sia edificando, sia demolendo, contra l'antica disposizione dei luoghi; la quale novità rechi pregiudizio al vicino, turbandolo nell'esercizio dei suoi diritti dominicali.

Essa è esperibile ancora contra gli eredi dell'innovatore, e contra i suoi aventi causa.

Art. xxxvi. Quest'azione ha luogo dentro l'anno, dal giorno in cui la nuova opera intrapresa ha cominciato a recar pregiudizio al vicino.

Art. xxxvii. Sarà adito nei giudizii di nunciazione di nuova opera il Regio giudice di circondario del luogo, dove la cosa è sita; la cui competenza nel procedere verserà nei seguenti oggetti:

1. Nel proibire in vista della domanda, che la nuova opera denunciata progredisca, e nell'impedire che si alteri lo stato attuale della cosa:

2. Nel far restituire allo stato primiero ciò, che si è cominciato a costruire, o a demolire contra l'antica disposizione del luogo:

3. Nel far distruggere eziandio quello, che siasi forse proseguito a fare, contra la forma della inibizione da lui già data; e nell'ordinare che vengano in tal caso rifatti i danni, e gli interessi cagionati per tali operazioni:

4. Nel rilasciare tutte quelle provvidenze, che momentaneamente si richieggano per motivi di urgenza, e di assoluta necessità.

Art. xxxviii. Il Regio giudice, sostenendo la sua giurisdizione nei termini espressati, potrà in ogni caso di contravvenzione pronunziare precetti penali, ed anche imporre multe a danno dei contravventori.

Art. xxxix. Il merito principale delle cause di nunciazione di nuova opera è sempre fuori delle attribuzioni dei Regii giudici di circondario, di qualunque valore sia la causa.

Art. xl. Se la nuova opera, che vuol denunciarsi si ritrovi già fatta, e del tutto compiuta, non sarà più ammissibile l'azion di nunciazione; ed avranno luogo le regole stabilite per gli giudizii sulle azioni possessorie.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SETTIMO.

SEZIONE PRIMA.

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA SECONDO LE LEGGI ROMANE, E SECONDO IL DIRITTO ANTICO DEL NOSTRO REGNO.

In tutte le azioni possessorie si cerca di espellere la turbativa, o di far emendare lo spoglio sofferto: si riguarda a buon conto il fatto di colui, che si introduce nelle cose nostre, e turba, o usurpa il possesso che ne abbiamo. Ma può accadere altresì, che noi siamo parimente turbati nel possesso, anche quando le cose nostre non si invadono; bensì il nostro vicino nel fondo suo proprio fa delle innovazioni tali, che ci recano pregiudizio, ed offendono il possesso in cui siamo dell' esercizio dei nostri diritti dominicali. Questo è il caso della nunciazione della nuova opera, che anche appartiene ai giudizii possessorii, ma ne presenta una specie diversa. Essa ha luogo quando il vicino minaccia di fare in atto, o comincia a fare nel suo fondo un' opera di costruzione, o di demolizione, che altera in pregiudizio nostro lo stato presentaneo, e l'attuale disposizione dei luoghi. Le leggi romane aveano questa economia intorno alle opere dei vicini: se l'opera non erasi ancora fatta, ma cominciata, o pure prossimamente minacciata, davano essi luogo alla azion di nunciazione. Se poi l' opera trovavasi già di tutto punto compinta, e potea far temere di qualche danno al vicino, davano l' azione *de damno infecto.* Ed è perciò che nel Digesto si attaccano i due titoli — *De nov. oper. nunciat.* — *De damn. infect.* (1).

La nunciazione della nuova opera apparteneva all' interdetto *retinendae*, perchè a buon conto impediva che per via di fatto venisse arrecata molestia al vicino. La sola differenza consisteva in ciò, che nelle altre azioni possessorie il fatto della turbativa era riguardato nel fondo di colui, che veniva molestato nel suo possesso; e nella azion di nunciazione un tal fatto si ravvisava nel fondo proprio del molesto disturbatore.

Ulpiano, riferendosi alla nunciazione di nuova opera,

(1) Dig. tit. I II lib. XXXIX.

chiama Editto quello che la proteggeva: *Hoc edicto ec.* (1). Ed in verità l'Editto era quello, che provvedea generalmente a tutti i casi, nei quali i privati avean bisogno di ricorrere al Pretore. Dall'editto nasceva l'interdetto, che avea luogo quando si verificava il caso particolare, preveduto dall'editto. L'editto proteggeva l'interdetto: l'interdetto sosteneva l'azione (2).

Per diritto romano due erano gl' interdetti che riguardavano i giudizii di nunciazione di nuova opera. Il primo era *proibitorio*, mentre impediva il prosieguo della nuova opera denunciata; e diveniva anche *restitutorio* per quella parte che ordinava la demolizione dell'operato, e la riduzione della cosa allo stato primiero: *Quem in locum nunciatum est, ne quod novum opus fieret, qua de re agitur: quod in eo loco ante quam nunciatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet factum est: id restituas.* Il secondo interdetto era sempre *proibitorio*, poichè vietava, che più si impedisse il prosieguo dell' opera, dopo che erasi data, o almeno si era validamente offerta la cauzione di demolirla, in caso che risultasse nociva, e pregiudizievole. *Quem in locum nunciatum est, ne quid novi operis fieret: qua de re agitur, si de ea re satisdatum est: quod ejus cautum sit, aut per te stet, quo minus satisdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto* (3). E dal disposto in questi due interdetti si vede bene, che l'oggetto allora della nunciazione era di impedirsi la continuazione della nuova opera, fino a che non si giudicasse la causa in merito, o non si desse idonea mallevadoria.

Che se si fosse trattato di opera già fatta e perfettamente compiuta, allora non vi era più luogo alla azion di nunciazione, e doveasi ricorrere agl'interdetti restitutorii: *Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de novi operis nunciatione: et erit transeundum ad interdictum quod vi, aut clam, quod olim factum erit ut restituatur, et quod in loco sacro, religiosove, et quod in flumine publico, ripave publica factum erit. Nam his interdictis restituetur, si quid illicite factum erit* (4).

(1) L. 1 Dig. de op. nov. nunc.
(2) Duaren. ad tit. D. de nov. op. nunc. Cap. VI. Et in eund. tit. ult. comm. cap. 1.
(3) Ved. Oldendorp. class. III act. 7 n. 1.
(4) L. § 1 D. de nov. oper. nunc.

Faceasi poi opera nuova, allorchè *aut aedificando, aut detrahendo aliquid, pristina facies mutatur.* L. 1 § 11 D. de nov. op. nunciat. E ciò: *opere nondum perfecto, sed vel inchoato demum, L.* 5 § 2 *D. eod. vel inchoando L.* 21 § 3 *D. eod.* Il Boemero (1). Infatti l'opera potea essere prossimamente minacciata col pronto e sollecito apparecchio dei materiali, e con le disposizioni atte a farla temere inevitabilmente vicina. Ed allora questo timore ben fondato dava luogo alla azione, in cui si manifestava se non l'opera nociva già cominciata, certamente il disegno già palesato di volersi prossimamente mandare ad effetto; lo che si credeva che rimontasse alla stessa cosa.

Nel senso di opere nuove intendevansi quelle solamente, che *solo coniuncta sunt* (2); per lo che non era l'azione ammissibile, *si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet* (3). Ed anche non si sosteneva l'azione, *quando mora periculum aliquod allatura est. Si quis rivos, vel cloacas velit reficere vel purgare, operis novi nunciatio merito prohibetur, cum publicae salutis et servitutis intersit, et cloacas et rivos purgari* (4).

Il diritto a questa azion di nunciazione si dava a colui, che avea il *gius in re*; e se vi erano più condomini, tutti doveano proporla (5). Si dava anche all'usufruttuario, non a nome suo proprio, ma qual procuratore del proprietario L. 1 § ult. D. *dict.* tit. Più: a colui che avea il diritto di servitù: *habet novum opus nunciare, qui aut dominium aut servitutem habet* L. 6 § fin. D. de servit. Ma si vegga qui il Perezio, ed il Boemero (6). L'attore intanto, chiunque fosse, dovea giurare *de calumnia: Jurare debet, non calumniae causa opus novum nunciare. Hoc iusiurandum auctore Praetore defertur* (7). E l'azione era definita *in factum;* e competeva *non tantum contra ipsum aedificantem, sed etiam contra illum, qui opus factum, ratum, habet L.* 20 § 7 *D. de nov. op. nunciat.; non enim in personam, sed in rem censetur facta nunciatio. Unde et si vendiderit*

(1) Boehm. Sect. II cap. 11 § 43.
(2) L. 1 § 2 D. de nov. op. nunciat.
(3) Dict. L. 2 § 12.
(4) L. 5 § 11 12 D. eod.
(5) L. 1 § 9 L. 3 § 3 L. 5 § 6 D.
(6) Perez. ad tit. Cod. de nov. op. nunc. n. 4 Boehm. Sect. II cap. 11 § 44.
(7) L. 3 § 14 D. eod.

domum aedificari coeptam, post opus novum jam nunciatum, et emptor aedificare pergat, contra hunc ad demolitionem agi posset, non tantum, in quantum ipse, sed in quantum venditor adhuc post nuciationem aedificaverat. L. fin. D. eod. (1).

Resta intanto ad avvertire che dopo la L. 1 Cod. de nov. op. nunciat. dei due interdetti sopra menzionati, restò in vigore il primo, che portava la proibizione, e la restituzione insieme di tutto l' innovato pria della nunciazione. Al secondo però che abilitava a proseguirsi l' opera, *praestita cautione*, venne derogato. Giustiniano autore della detta legge prescrisse, che fra tre mesi dovessero improrogabilmente finire le cause di nunciazione di nuova opera, e venne a proibire, che fra questo termine si potesse edificare, *praestita cautione*. Elasso tal termine, venne permesso il proseguimento dell'opera, con prestarsi cauzione.

Si senta il Brunemanno: *Hanc autem causam judex intra tres menses decidere debet, quibus elapsis, denunciato, seu prohibito conceditur aedificandi licentia, praestita cautione de demoliendo opere, sumptibus aedificantis, si apparuerit ipsum iniuria aedificasse, et antiquum errorem, quasi anno simpliciter expiraret nunciatio, Imperator tollit. Ante lapsum autem illorum trium mensium denunciatus non potest aedificare, quo ipso haec lex derogat juri digestorum L.* 5 § 17 *L.* 20 § *ult. L.* 24 § 1 *D. de nov. op. nunc.* (2).

Queste erano le regole stabilite dalle leggi romane per le nunciazioni delle nuove opere. Nel nostro regno, per lo tempo che precedette la Costituzione del 1738, con le regole stesse venivano guidati i giudizii di tal fatta; intendendosi già che presso di noi voleva la *L. unic. Cod. de nov. op. nunciat.*, la quale escludeva la facoltà di potersi edificare dopo fatta la inibizione, prestandosi la mallevadoria, e metteva a carico della parte denunciata l' obbligo di far terminare il giudizio fra i tre mesi fissati da Giustiniano (3). Dopo pubblicata poi la Costituzione anzidetta, che diede delle provvide ed energiche disposizioni sull'oggetto, la G. C. della Vicarìa, nel dare adito al giudizio di nunciazione,

(1) Stryk. de act. Sect. I membr. X § 43.
(2) Bruneman. ad tit Cod. de nov. op nunc. n. 2 3 4.
(3) Ved. Leonard. Ricc. de nov. op. nunc n. 11.

si avea prescritta la seguente formola di decreto, che era di norma a tutte le corti, ed a tutti i tribunali del regno.

Per subscriptum dominum judicem M. C. V., visa suprascripta comparitione, provisum et decretum est, quod praesens petitio intimetur parti, ad finem providendi. Et interim, stante deposito ducatorum decem, facto per comparentem servata forma regalis constitutionis, N. N. (cioè la parte che veniva inibita) *nihil innovet nec innovare faciat in domo in actis deducta sub poena unciarum auri 25, Fisco Regio ec. Et fabricatores aliique operarii statim desistant; et si reperiantur in flagranti post notificationem praesentis decreti, carcerentur. Et committatur uni ex magnificis tabulariis S. R. C., partibus non suspecto, qui se conferat super faciem loci, recognoscat, et in scriptis referat, ad finem ec. Quam relationem intra mensem comparens procuret, alias, dicto termino elapso, tollatur inhibitio.*

Dagli ordinativi espressi in questa formola di decreto, e tratti per la maggior parte dalla Costituzione del 1738, si vede bene qual era lo stato dei giudizii di nunciazione di nuova opera negli ultimi tempi del nostro antico foro. Primieramente l' attore in questi giudizii non era inteso, se non facea un deposito, che nella Città di Napoli era di ducati 10, e nelle Regie udienze, e nelle corti inferiori era di ducati 6, più o meno, giusta il prudente arbitrio del giudice. E questo deposito stava in luogo dell' antico giuramento di calunnia, che prescriveano le leggi romane. In secondo luogo vi era l' ordine diretto, così alla parte innovatrice, *nihil innovet nec innovare faciat*, come ai fabbricatori ed agli operaj, con la minaccia ai primi di una pena pecuniaria, ed ai secondi di immediata carcerazione. E ciò era ben inteso, per non rendere elusorio il giudizio, e perchè ogni magistrato per sostenere la sua giurisdizione può usare del misto impero. In terzo luogo vi era la commessa al perito, per riconoscere e riferire l'occorrente, con la limitazione che il suo rapporto dovesse esser procurato fra un mese, a diligenza della parte attrice, e con la minaccia che in caso contrario si sarebbe tolta l'inibizione. Ed in questa ultima parte del decreto, mentre si escludeva ogni facoltà alla parte denunciata di poter proseguire l'opera *praestita cautione*, lo che era lecito per l' antico interdetto Pretorio, si ubbidiva alla legge prima *Cod. de nov. op. nunc.*, ed alla Real Co-

stituzione; la quale ultima avea ristretto il tempo del giudizio, portandolo ad un solo mese. Ed anche in ubbidienza di queste leggi stava bene la minaccia di togliersi la inibizione, se il mese fosse trascorso, avuto riguardo all' indole di questi giudizii di nunciazione, nei quali alle volte, o per cause frivole ed affettate, o per fine di calunniare, l' attore viene a recarsi in giudizio.

SEZIONE SECONDA.

DELLA NUNCIAZIONE DELLA NUOVA OPERA SECONDO LE ATTUALI NOSTRE LEGGI CIVILI.

Così si regola il nostro foro allorchè, dopo abolito il diritto romano e le antiche nostre leggi patrie, fra le quali la Costituzione del 1738, venne da noi per qualche tempo osservato provvisoriamente il codice di procedura Francese. In questo codice non si parlava appositamente del giudizio di nunciazione di nuova opera, ma egli è a dire, che in esso tacitamente si includeva, avendosi come un prosieguo ed una appendice dei giudizii possessorii. Certamente gli autori Francesi erano e sono in questa opinione, e basta di riscontrarne il Presidente Henrion (1).

Sopravvenuta poi la legge Organica dell'ordine giudiziario, in essa sotto il numero 4 dello art. 22, parlandosi della competenza dei Regii giudici di circondario, fu detto che poteano conoscere e giudicare *le cause di nunciazione di nuova opera, di innovazioni, e di attentati egualmente commessi dentro l'anno sul corso delle acque, inservienti all' agricoltura, e su di ogni altra azione possessoriale.* Ecco dunque per la prima volta fatta parola della nunciazione della nuova opera, destinandosi per tali cause, insieme con le altre già espresse, i Regii giudici del circondario; i quali però erano competenti nel corso dell' anno, e potevano procedere *inappellabilmente fino al valore di duc. 20, ed appellabilmente, qualunque sia il valore della causa*, come si vede espresso nello stesso art. 22 sul principio.

Dopo questa disposizione della legge Organica furono

(1) Henrion comp. des jug. de paix chap XXXVIII.

pubblicate le leggi sulla procedura Civile, nelle quali, col disegno di darsi una spiega maggiore alla legge Organica, e di determinarsi più chiaramente la competenza dei giudici Regii nelle cause di nunciazione, si venne a dire nell' art. 103 princ. e numero 4. *La citazione sarà sempre fatta davanti il giudice del luogo dove è situata la cosa litigiosa ove si tratti . . . . di nunciazione di nuova opera, a solo oggetto di impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa.*

Tenendosi dunque innanzi gli occhi, così la legge Organica, come le leggi di procedura civile, negl' indicati loro ordinativi, pare che possano fissarsi sulla materia in proposito le seguenti proposizioni che han dato motivo a noi qui di stabilire le Tesi negli articoli, che corrispondono al presente Capitolo settimo.

1. Le cause di nunciazione di nuova opera debbono esser sempre trattate davanti il Regio giudice, dove è situata la cosa litigiosa. Art. 103 proced. civ.

2. I Regii giudici non sono mai competenti a conoscere e giudicare nel merito le cause di nunciazione di nuova opera, qualunque sia il valore a cui esse si abbassino. Egli è vero che la legge Organica, la quale fissa le competenze dei magistrati, per queste cause e per altre espresse nell'art. 22, dichiara competenti i Regii giudici a procedere inappellabilmente sino al valore di duc. 20, ed appellabilmente, qualunque sia il loro valore; ma si venne poi a derogare a ciò con le leggi della proced. civile, nelle quali mentre si riconobbe questo diverso valore delle cause sotto il rapporto della competenza dei Regii giudici, si fece eccezione però espressamente delle cause, di nunciazione di nuova opera, per le quali si disse che i Regii giudici erano competenti a solo oggetto di impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa. Si vede dunque una delegazione specifica e tassativa, limitatamente dettagliata a questo solo oggetto.

3. Le attribuzioni dei Regii giudici in queste cause di nunciazione di nuova opera restano limitate soltanto ad *impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa.*

4. Quindi sono abilitati i Regii giudici, non solo a rilasciare ordinanze, che facciano arrestare le opere incomin-

ciate, e ne impediscano il prosieguo (le quali ordinanze debbono esser dirette così alle parti innovatrici, che agli operai destinati al lavoro); come anche ad ordinare, che si distrugga e si riduca allo stato primiero ciò, che siasi cominciato ad innovare contra l'antica disposizione del luogo. Non si otterrebbe il fine della legge, se il Regio giudice non potesse rilasciare questi ordini, che tutti tendono a non far *alterare lo stato attuale della cosa.*

5. Per la stessa ragione sono abilitati i Regii giudici a far demolire e distruggere tutto ciò, che contra la forma della loro inibizione vengasi in seguito ad operare; altrimenti col fatto si riuscirebbe ad alterare lo stato attuale della cosa.

6. Dovendo ogni Magistrato sostener la sua giurisdizione usando del misto impero, (1) ed essendo letteralmente scritto nell'art. 1113 della proced. civile che *i Tribunali secondo la gravità delle circostanze, potranno nelle cause portate innanzi a loro, pronunziare precetti penali, anche di proprio ufizio*, sono abilitati i Regii giudici in queste cause di nunciazione a pronunziare precetti penali, ed imporre multe. In altro caso sarebbe elusorio il giudizio che la legge permette innanzi ad essi; ed impunemente si verrebbe a contravvenire alla legge stessa, mentre col fatto, e senza timore di riceversi alcun freno, si permetterebbe di alterarsi lo stato attuale delle cose.

7. Sono anche affacoltati i Regii giudici ad istruire il processo per modo, onde resti documentato ed assodato lo stato attuale delle cose, durante il tempo della inibizione; e ciò per conoscersi se i loro ordini si eseguano, non che per lasciarsi negli atti il documento legale descrittivo dello stato attuale della cosa controversa, che serve di fondamento in queste azioni.

8. Resta vietato ai Regii giudici di poter permettere il proseguimento delle opere cominciate sotto qualunque cauzione che venisse offerta dagli innovatori. Le loro attribuzioni son limitate soltanto ad impedire le novità, ed a sostenere lo stato attuale delle cose. Potrebbe conoscere il Tribunale competente, che giudica della azione nel fondo se

(1) L. 2 D. De jurisdict. omn. judic. Ivi: *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.*

fosse o no ammessibile l'offerta della cauzione; nella circostanza che ora le leggi serbano silenzio su di ciò, e la giurisprudenza romana nell' ultimo suo stato, ed il nostro diritto patrio preesistente questa cauzione non più permettevano.

9. Essendo la nunciazione di nuova opera una specie delle azioni possessorie, potranno i Regii giudici rilasciare quelle provvidenze, che al momento si rendono necessarie, per caso di urgenza, o di assoluta necessità; e far sì che niuna delle parti sia pregiudicata nel possessorio, durante il corso della inibizione. Bisogneranno forse delle rifazioni necessarie nel luogo controverso: dovrà darsi un sostegno alle fabbriche: dovranno rifarsi o purgarsi i rivi, le cloache; e farsi altro che non ammette dilazione.

10. Dopo compiuta del tutto un' opera, quantunque essa sia denunciata infra l' anno, pure i Regii giudici non possono rilasciare ordinanze di inibizione, nè sono abilitati a procedere in linea di nunciazione di nuova opera. Essi allora riconosceranno la loro competenza secondo le regole stabilite pei giudizii possessorii.

A questi oggetti par che si riduca oggi la competenza dei Regii giudici sul proposito.

Per quello, che riguarda poi il diritto di agire nelle cause di nunciazione di nuova opera, e le persone che possono essere convenute in giudizio, come anche per tutto ciò che abbraccia il merito di queste azioni; pare che non possa esservi dubbio di doversi seguire i principii fissati dalle leggi romane, e che trovano il loro appoggio nella ragione scritta in quella giurisprudenza universale.

FINE DELLA PARTE PRIMA.

PARTE SECONDA
DELLE
ECCEZIONI

CAPITOLO PRIMO.

DELLA DEFINIZION DELLA ECCEZIONE, E DELLE PRINCIPALI SUE CLASSIFICAZIONI.

Art. xli. Vengono sotto il nome di eccezione tutte le difese, che fa in giudizio il reo convenuto, sia di diritto, sia di fatto, dirette ad escludere in tutto, o in parte, per sempre, o a tempo l'azione contro di lui intentata.

Art. xlii. Le eccezioni o nascono dalla legge direttamente, o sorgono da convenzioni, e da fatti particolari obbligatorii.

Art. xliii. Vi sono le eccezioni personali, e le eccezioni reali:

Le prime hanno rapporto allo stato ed alle qualità inerenti, così alle persone che le producono, come a quelle contra cui vengono proposte, e restano loro strettamente attaccate, nè possono trasferirsi, o rappresentarsi da altri:

Le seconde si riportano alle cose, e sono trasmissibili agli eredi, e si rappresentano anche dai fidejussori, e da coloro che possono avervi interesse.

Art. xliv. Tutte le eccezioni si dividono in temporali o dilatorie, ed in perpetue o perentorie.

Art. xlv. Le eccezioni temporali o dilatorie sono temporaneamente di ostacolo all'attore, e tendono a far differire lo sperimento giudiziario dell'azione, o in altro luogo, o in altro tempo, o in altro caso, o contra altre persone; e non si

impegnano giammai in ciò, che forma il merito principale dell'azione dedotta.

Art. xlvi. Le eccezioni perpetue o perentorie sono sempre di ostacolo all'attore, ed attaccano direttamente l'azione proposta, per combatterla nel fondo, ad oggetto di escluderla in tutto o in parte.

Art. xlvii. Vi sono le eccezioni modificative, che moderano semplicemente l'azione, escludendola soltanto nella maniera come è stata intentata dall'attore. Esse formano una specie delle perentorie, e possono esser prodotte in ogni stato di causa; ed anche dopo pronunziata la sentenza, ed al tempo della esecuzione di essa.

Art. xlviii. Le eccezioni dilatorie per regola debbono esser prodotte in giudizio pria, che il reo si difenda in merito; meno che non sorgano da una causa, che posteriormente si appalesi.

Vi sono delle dilatorie che si possono produrre in qualunque stato si ritrovi la causa.

Art. xlix. Tutte le eccezioni perentorie vanno legalmente prodotte in giudizio in ogni stato in cui la causa si ritrovi, sia in prima, sia in seconda istanza.

Art. l. Sotto le eccezioni si comprendono eziandio le repliche, che presenta in giudizio l'attore in origine, le controrepliche del reo convenuto; ed ogni altra ulteriore deduzione, che dall'attore e dal reo si prosiegue a fare, per ribattersi ed escludersi a vicenda.

La replica dell'attore tende ad escludere la

eccezione, siccome la eccezione è intentata ad escludere l'azione.

Art. li. Vi sono le riconvenzioni giudiziali, che il reo convenuto può proporre in faccia all'attore. Queste riconvenzioni formano un'altra classe di eccezioni, che presentano l'idea di un'azione vicendevolmente proposta.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO PRIMO.

SEZIONE PRIMA.

IDEA GENERALE DELLE ECCEZIONI, SECONDO I PRINCIPII DEL DIRITTO ROMANO, E DEL NOSTRO ANTICO FORO.

Nel nostro patrimonio vi è il diritto a produrre in giudizio le azioni, con le quali possiamo dimandare ed ottenere ciò, che da altri ci è dovuto; e vi è altresì il diritto ad opporre le eccezioni, mercè le quali possiamo difenderci, per ritenere quello che altri da noi pretende e non gli è dovuto. *In patrimonio nostro est quidquid, aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest:* Ulpiano (1). Che anzi il diritto che abbiamo ad opporre le eccezioni è precipuo, perchè protegge la difesa che è di diritto di natura, e che per legge ha sempre vita più lunga: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (2). Poi nelle cose nostre sono più frequenti le occasioni a difenderci, di quelle a dimandare: e sempre più caro a noi riesce il ritenere quello che abbiamo, che l'acquistare ciò, che non ancora abbiamo avuto. *Longe commodius est possidere, quam petere:* lo disse in senso poco diverso l'Imperadore Giustiniano (3). Certamente l'azione che non ha buon sostegno nel diritto, e che non può far fronte alle eccezioni, non solo non è valutabile, ma si equipara al nulla: *nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur* (4).

Con la eccezione adunque il reo convenuto in giudizio si difende, allegando tutto ciò che per legge gli vien permesso. Senza la persona del reo non può esservi giudizio: *inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessionis fungatur* (5). E senza che il reo faccia difesa, non può concepirsi la eccezione: *Exceptio est judicialis quaedam allegatio reo competens adversus actionem:* lo disse in poche

(1) L. 52 D. de adquir. poss.
(2) Ved. L. 5 § ult. D. de dol. except.
(3) § 4 Instit. de interdict.
(4) L. 112 D. de reg. jur.
(5) L. 62 D. de jud.

parole l'Ottomano (1). E lo avea già prima espresso Cicerone in questi termini: *Apud jureconsultos exceptio est exclusio actionis, idest depositio adversus petitionem actoris* (2).

Intanto ogni eccezione è difesa; ma a stretto rigor di legge non ogni difesa è eccezione. La differenza è quella che passa fra il genere e la specie. Secondo i severi principii del diritto romano la eccezione supponeva l'esistenza di una azione giusta, riconosciuta e protetta dalla legge, che essa veniva a combattere con i principii dell'equità naturale: *exceptio est defensio rei, quae actioni alioqui juri constitutae opposita, hanc ipsam aequitatis ratione excludit:* Il Donello (3). E qui venne a riferirsi Ulpiano, allorchè volendo meno definire che descrivere l'eccezione, disse: *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum id, quod in intentionem, condemnationemve deductum est* (4). E dopo di lui Giustiniano: *Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua exactor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur* (5). Suppone l'Imperadore che sia in essere un'azione giusta, cioè sostenuta dalla legge, a cui si opponga la eccezione, ebe in favore del reo scambia l'indole dell'azione, e la traduce in ingiusta.

Che se poi quest'azione giusta e legale, non si fosse rinvenuta, allora per diritto romano non eravi luogo ad eccezione, ma si riconosceva nel reo la semplice difesa. Si difendeva il reo quando nel rispondere, all'azione proposta mettevasi semplicemente nella negativa: *inficiatione.* E questa tal difesa negativa potea aver luogo in due casi; lo che diede poi motivo ai dottori di distinguerla in negativa pura, e negativa congiunta a fatto: *inficiatione pura, inficiatione conjuncta.* Accadeva la negativa pura quando il reo rotondamente negava l'azione nella sua origine: per esempio: *nego che fra me e l'attore vi sia interceduto il contratto di mutuo, da cui egli trae l'azione creditoria.* Diceasi pura questa negativa, e quindi la difesa che con essa veniva a farsi, perchè al tempo del pretore romano

(1) V. Calvin. Voc. except.
(2) Cic. 2 de invent.
(3) Donel. lib. XXII cap. 1 n. 3 Vinn. ad tit. Instit. de except.
(4) L. 2 D. de except.
(5) Princ. Instit. de except.

non avea bisogno di esser da lui impetrata, e non ammetteva le note formole pretorie di allora: *extra quam, nisi, si non*; ed altre simili (1). Dalle quali formole nacque che le eccezioni si dicessero anche condizioni (2). E sappiamo già, che con queste formole i giureconsulti romani si regolavano nel concepire le eccezioni: *Si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset* (3). *Si non mihi mandatum sit ut a creditoribus peterem* (4): *Si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit, ut ususfructus pignori sit* (5): *Si non contra tabulas possessio filio dari potuit* (6): *Si in ea re de qua agitur praejudicium hereditati non fiat* (7): *Nisi ripae tuendae causa factum sit* (8): *Si ea res judicata non sit inter te et eum, cui vendidisti* (9). A ben intendere, il discorso del reo era questo: *Recte ageres, nisi, vel si non; ec. ec.*

Eravi poi la negativa congiunta quando il reo non negava l'azione nella sua origine, ma vi soggiugneva l'accaduto di un fatto posteriore, che faceala sparire agli occhi della legge; nel qual caso essa *ministerio juris* si riputava non più esistente, e quindi restava ben negata: per esempio: *il credito del mutuo è stato già soddisfatto solutione, acceptilatione etc.*

A buon conto si contrapponevano queste due idee sul conto delle semplici difese, e delle eccezioni per modo, che le prime valevano allorchè il reo *ipso jure* era già liberato, e le seconde quando per esser liberato dovea egli eccepire, ricorrendo alla naturale equità (10). Si senta il Donello: *Excludit autem exceptio* (a differenza della semplice difesa) *non quidvis, sed actionem, et eam ipso jure constitutam. Idque est quod Justinianus scribit tit. de except. in princ., tunc esse exceptionem, cum ipsa persecutio*

(1) V. Cujac. obs. v. 34 Brisson. de form. v. 76 77.
(2) L. 22 D. de except.
(3) L. 10 D. de pign. et hypot.
(4) L. Acque § hoc. D. de procurat.
(5) L. 11 § ususfruct. de pignor.
(6) L. Si praetor de bonor. possess. contr. tab.
(7) L. 1 famil. ercisc.
(8) L. 1 § Labeo scribit de flumin.
(9) L. Si a te de except rei judic.
(10) La L. 54 D. de obl. et act.

actionis justa est. Justum enim intelligit ipso jure comparatum (1).

E stando i Dottori attaccati a questi severi principii di diritto, si credettero abilitati ad inventare delle voci particolari, e portar nella materia delle espressioni tecniche, che ne presentassero tutti i particolari. Dissero che dalla parte dell'attore dovea distinguersi tra *azione*, ed *intenzione*. Dove l'azione era giusta, cioè riconosciuta e protetta dalla legge, conservarono ad essa il suo nome: dove poi agli occhi della legge questa azione non si ritrovava in origine, o era sparuta per fatto posteriore, le tolsero il nome di azione, e la convertirono in *intenzione*. Distinsero poi sul conto del reo fra *eccezioni di diritto*, ed *eccezioni di fatto*; adattando le prime al caso in cui il reo combatteva l'azione competente per legge, ma non per fatto; e le seconde al caso in cui il reo si difendeva contra l'azione che per legge non competeva, o perchè mancante in origine, o perchè estinta poi, e quindi sparuta agli occhi della legge stessa: *Exceptio juris* in faccia all'azione: *exceptio facti* in faccia alla intenzione. *Unde Doctores alias exceptiones juris, vel actionis vocant, alias facti seu intentionis, quando reus contendit, actorem, cui nulla sit jure actio, de facto litem movere*: L'Illigero presso il Donello (2).

Siquidem exceptio aliquando actionem excludit: ut si quis contra me actionem habeat ex empto: ego vero non nego actionis contractum, sed actioni ex empto actori competenti obiicio exceptionem doli, exceptionem metus, aliamve similem, ad actionis exclusionem. Intentionem vero exceptio excludit quoties actor agit sine actione, petens a me rem, quam dicit, me illi vendidisse: at ipse excipio venditionem ipsam negans, quippe qui rem non vendiderim. Unde cum actor egerit sine actione, exceptio adversus eum proposita intentionem excludit. Il Covarruvias (3).

Hic meminisse oportet, quod interpretes vulgo tradunt, exceptionem aliam esse juris, aliam facti, sive intentionis: exceptio juris est, qua eliditur actio illius, cui de jure quidem actio competebat, sed non cum effectu exactio-

(1) Donel. loc. cit.
(2) Hillig. ad Donel. nel luogo citato n. 4.
(3) Covarruv. In reg. poss. mal. fid. de reg. jur. lib. 6 init. n. 4.

nis, et hujus tria hic exempla referuntur, nempe exceptio metus, doli, et in factum loco doli, contra parentem, et patronum. Facti vero est quando actori de jure nulla competit actio, sed de facto tantum agit, ut quia vel ab initio non habuit actionem, vel habuit quidem, sed jam prorsus est extincta, tales sunt exceptio rei judicatae, transactionis, jurisiurandi, confessionis, et id genus alia : Il Minsingero (1).

E dietro a queste teorie lo stesso Minsingero, dopo aver detto: *generali appellatione exceptio dicitur omnis defensio, qua conventus agentem in judicio a se depellit, sive de jure ei competat actio, sive de facto tantum experiatur,* definisce a questo modo la eccezione: *Exceptio est actionis, vel intentionis exclusio, actionis quidem, si ea de jure agenti competit, sed non cum effectu ac ionis : intentionis vero, si actori jure nulla datur actio, sed tantum de facto experitur* (2).

Ma questa severità di espressioni, e questa scrupolosa differenza tra azione, ed intenzione fu poi negletta, ed ogni sorta di difesa, sia di diritto, sia di fatto, in faccia a qualsivoglia azione proposta venne a dirsi eccezione: *Usu vero interpretum obtinuit, ut omnis generis defensiones, quae intentionem actoris repellunt, sive juris, sive facti negatione, exceptiones dicantur :* l' Illigero al Donello (3).

Non vi fu dunque più nell'ultimo stato del foro distinzione alcuna frà difesa, ed eccezione, e fra eccezioni di diritto, ed eccezioni di fatto; e la stessa azione, che veniva in oggetto della eccezione, si scambiò con la intenzione; per cui l' Eineccio definì l' eccezione a questo modo: *Exceptio late sumpta* (cioè o che sia eccezione, o che sia difesa) *est omnis rei allegatio, ac defensio, qua intentio* (invece di dirsi *actio*, perchè queste voci non più si distinguono) *actoris, vel ipso jure, vel ob aequitatem excluditur* (e queste ultime voci abbracciano il tutto (4)).

A ben intendere, con questo sistema si segue il principio stabilito dagli Imperadori Diocleziano, e Massimiliano nella L. 11 Cod. de except., dove la eccezione è del tutto

(1) Minsiger. Ad princ. Inst. de except. n. 2.
(2) Minsig. Ad tit. Inst. de except. n. 9 12.
(3) Tom. 5 lib. 22 cap 1 n. 3.
(4) Einec. Elem. jur. civ. de except. § 1313.

confusa con la difesa: *Defensiones, seu exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis, integro manente statu, munitus est, constat*. E riluce sempre più ben posta la definizione dell'Ottomano, che abbraccia egualmente eccezioni, e difese: *Exceptio est judicialis quaedam allegatio, reo competens adversus actionem*.

SEZIONE SECONDA.

SISTEMA, E DEFINIZIONE DELLE ECCEZIONI SECONDO LE NOSTRE LEGGI DI PROCEDURA CIVILE.

Tutto il fin qui detto appartiene a ciò, che per diritto romano era disposto, e dagli ultimi comentatori, ed interpreti era insegnato. Ora secondo le nostre attuali leggi di procedura civile non è a negare, che è ritornata nei vocaboli la distinzione, e si fa differenza tra le difese, e le eccezioni. Abbiamo il titolo II del libro III che è iscritto: *Della costituzione dei patrocinatori, e delle difese*. Ed abbiamo il titolo VIII dello stesso libro che ha l'epigrafe: *Delle eccezioni*. Si è seguito in questo libro della nostra legislazione ciò, che era scritto nell'abolito codice di procedura civile francese, il quale fu provvisoriamente in vigore presso di noi. I francesi intanto nel distinguere le difese dalle eccezioni, non si regolano con i principii del diritto romano, e non danno a queste voci quel significato, che i dottori civilisti vi attribuivano. Sotto le difese s'intendono in Francia le eccezioni, che toccano il merito della causa; e sotto la voce eccezione vanno spiegate le sole eccezioni, che riguardano la dimanda dell'attore, e la forma del procedimento giudiziario. Si va colà col principio esposto dal signor Goubeau nella sua dotta opera *delle eccezioni*.

« Tutti i pratici sanno, che quando vien diretta un'a-
« zione contra una persona, questa, prima di esaminare,
« se l'attore abbia o no ragione, ha sovente interesse di ri-
« cercare con quali mezzi legittimi e legali possa distrug-
« gere la dimanda del suo avversario, o almeno sospen-
« derne gli effetti. . . . Questi mezzi nel foro si chiamano
« eccezioni dal verbo latino *excipere*, che significa esclu-
« dere; perchè in fatti tendono ad escludere o impedire

« l'attore a menare innanzi la sua dimanda, sia per un
« tempo, ò per sempre (1) ».

E su queste basi si comincia dal dire, che tutto ciò a cui il reo può ricorrere, per distogliere l'attore dal passo giudiziario da lui dato, sia a tempo, sia per sempre, viene sotto il nome di eccezione. « Nel linguaggio legale, dice il Carrè, s'intendono in generale sotto il vocabolo di eccezione « tutti i mezzi, con i quali il convenuto, senza entrare nella « discussione della dimanda, sostiene che l'attore non dee « essere ammesso a procedere. » E fin qui non si tocca il merito dell'azione. « In fatti (soggiugne lo stesso autore) « queste difese perciò si distinguono dalle difese nel merito, le quali sono i mezzi con cui si ricerca provare, che « la dimanda non è fondata sul diritto o sul fatto (2). »

Dopo aver esaurite le eccezioni che toccano la forma del procedere, si marcano in Francia le difese, che riguardano il merito, e che non ritengono colà propriamente il nome di eccezioni.

« In due classi principali, scrive il Pigeau, si dividono « i mezzi che un reo convenuto può usare sopra una domanda. La prima abbraccia quelli, che senza considerare « se la domanda è stata ben fondata o no, si propongono, « ad oggetto di farla rigettare, o per un certo tempo, o per « sempre. Tali mezzi si chiamano eccezioni dalla parola « latina *excipere*, che significa escludere, perchè sono diretti ad escludere l'attore dalla continuazione della sua « domanda, o per un certo tempo, o per sempre, per ragioni particolari e proprie di ciascuna di tali eccezioni, « e che noi spiegheremo unitamente alle medesime. »

« La seconda classe dei mezzi riguarda quelli, che le « parti producono rispettivamente; cioè l'attore per provare « che la sua domanda è ben fondata, e il reo convenuto « per provare che non lo è, o almeno che dee limitarsi. »

« Il reo convenuto prima di darsi la pena di esaminare « se una domanda è, o è stata ben fondata, è interessato, e « talvolta anche forzato, di riflettere se senza entrare in questo esame vi fosse alcun mezzo adattato ad escludere la « domanda per un certo tempo, o per sempre.

« Perciò il presente titolo sarà diviso in due capi : nel

(1) Goubeau Trat delle eccez. in princip.
(2) Carre le leg. della proc. civ. tit. IX.

« primo parleremo delle eccezioni, nel secondo dei mezzi
« del fondo, o sia delle prove sul merito (1).

Nelle pandette Francesi: « Le voci eccezioni, e difese
« non sono assolutamente sinonime. Le difese sono pro-
« priamente i mezzi che estinguono, e distruggono l'azione
« e il di cui effetto è di far rimanere assoluto il reo. Lad-
« dove le eccezioni propriamente dette, sono i mezzi, o che
« sospendono solamente l'azione, o che definitivamente la
« rimuovono, ma senza esaminare se è legittima e fondata (2).

Il Signor Berriat Saint Prix: « Si distinguono due sorte
« di difese, le difese propriamente dette e le eccezioni; le
« prime sono le ragioni, con cui si sostiene che l'azione
« esercitata è stata distrutta, in una parola, che attaccano
« il merito della domanda. Le eccezioni, o conclusioni di
« non ammissibilità, e di non procedimento, sono le ragioni
« che senza toccare il merito, stabiliscono che l'attore non
« deve essere ammesso a proporre la sua domanda (3).

E per tali ragioni, tenendosi tenacemente dietro a questi principii, nel progetto fatto in Francia al 1809, che contiene la teoria delle azioni, e delle eccezioni, con le stesse vedute si guardano le eccezioni e le difese. In esso vi è il titolo terzo iscritto: *delle eccezioni e delle difese,* dove nell'art. 62 si dice che il reo convenuto *può opporre all'attore eccezioni e difese.* Indi dall'articolo 63 in poi si parla delle eccezioni al senso già esposto, riducendosi a quattro, cioè a quelle che riguardano la forma del procedere, alle eccezioni declinatorie, alle dilatorie ed alle perentorie di forma. E finalmente nell'articolo 108, nel definirsi le difese si dice a questo modo: « Le ragioni che il convenuto può opporre
« alla domanda formata contro di lui per provarne l'ingiu-
« stizia, si chiamano difese, e mirano a dimostrare non
« fondata l'azione dell'attore. » Si vede quì, che questi ottimi autori definirono sì bene la difesa, ma non definirono la eccezione, contentandosi soltanto di descriverla e di classificarla.

A buon conto, la difesa si usurpa in Francia in un senso diverso da quello, che le leggi romane dettavano; e le eccezioni si limitano alle sole eccezioni di forma. Il principio

(1) Pigeau proced. civ part. 2 tit. 1.
(2) Cod. di proced. civ. lib. II t t. IX.
(3) Proc. civ. vol. 2 tit. 2 delle dif se.

dominatore colà si è, che la eccezione tende ad escludere la domanda dell'attore, o per sempre o a tempo, e la difesa attacca nel fondo l'azione dedotta, combattendola nel merito. Non si esclude però il principio, che la difesa sia un nome generico, il quale abbraccia le eccezioni di qualunque specie. E basta di avvertirlo nei passi già rapportati del signor Carrè, e del signor Berriat Saint Prix. E per questa ragione l'ultimo egregio scrittore signor Poncet non si arresta dal far comune la voce di eccezione anche alle difese: solamente dice che la *difesa* al senso Francese è *una eccezione di diritto;* e la *eccezione* resta *eccezione di pratica* (1). È sommamente arguta questa ingegnosa invenzione di vocaboli, per sostenere le già invalse teorie in quel rispettabile foro.

Noi intanto, salvo tutto il ben dovuto riguardo ai sommi uomini che adornano il foro Francese, non possiamo convenire perfettamente con i loro principii, distinguendo come essi fanno le difese dalle eccezioni. La eccezione è data per escludere l'azione, non già per escludere, o frastornare la dimanda. *Est quaedam exclusio quae opponi actioni cujusque rei solet:* Ulpiano (2). Fra l'azione e la dimanda vi è quella differenza che i logici riconoscono fra la potenza e l'atto. Fino a che dunque l'azione non resti esclusa, sia in tutto sia in parte, sia per sempre, sia a tempo, ogni qualunque cosa, che in qual si voglia modo dal reo si deduca, non è che pura e semplice eccezione. Vedremo da quì a poco le varie specie delle eccezioni, e come esse abbraccino e rito e merito, così della dimanda giudiziaria, e della forma del processo, come dell'azione dedotta in giudizio. Ma riteniamo sempre in principio sicuro, che fino a quando l'azione non è espulsa, il reo nel difendersi, tentando tutte le vie, sia di rito, sia di merito, non fa che produrre eccezioni. E portiamo ferma opinione, che fra eccezione e difesa, o non vi è altra differenza, se non quella che si riconosceva giusta i severi principii del diritto romano, o non ve ne ha alcuna secondo le ultime scuole dei dottori, e degli interpetri civilisti; lo che per noi sta. Per la qual cosa in questo trattato abbiam noi posto il titolo *delle eccezioni*, e niente abbiam soggiunto *delle difese*.

(1) Poncet delle azion. tit. 1 Cap. 7 tit. IV Cap. II.
(2) L. 2 D de except.

Qualunque cosa abbiano dottamente scritto il sig. Jousse nel comentare l'ordinanza del 1667, e poi il signor Pothier, ai quali autori si riportano ora gli scrittori Francesi al proposito (1), a noi toccherà di rispettare cotesti sommi uomini; e niente di più. Essi scrissero su quella ordinanza che facea parte del diritto patrio Francese; ed i moderni autori che lodevolmente colà seguono le loro tracce, non fanno che risalire alla stessa parte originaria del patrio diritto. Ma presso di noi non eravi l'ordinanza del 1667: vi era bensì il diritto romano che facea stato. Ora dovendo noi interpretare nelle nostre attuali leggi le voci *difese ed eccezioni*, non siamo obbligati di ricorrere ad altri principii, se non a quelli che per diritto romano erano stabiliti. La regola stessa che guida oggi gli scrittori Francesi, dee manodurre anche noi. Essi risalgono all'ordinanza del 1667: e noi rimontiamo al diritto romano. Le voci sono le stesse; ma il modo da doverle intendere, ed interpretare è ben diverso. E siccome è cosa lodevole per i Francesi il prender norma da quella ordinanza, che era nel loro diritto patrio preesistente; così sarà bene a proposito per noi il seguire le leggi romane, che prima erano fra di noi in vigore.

Non ci è intanto di ostacolo il vedere, che nelle nostre leggi di procedura si tratti delle difese in titolo a parte; e poi col nome particolare di eccezioni si intitolano quelle che riguardano la dimanda giudiziale, e la forma del procedere. Mentre ciò si dice in queste leggi, esse non impediscono che sotto il nome di *difese* si contengano anche le eccezioni di forma. Han detto *difese*, perchè in quel titolo II le han cumulate *con la costituzione dei patrocinatori*. Ora tutte le difese, tra le quali vanno anche le eccezioni di forma, si producono col ministero dei patrocinatori. Si parla ivi a buon conto delle difese in generale, e del cammino che fa il processo con la guida dei patrocinatori fino alla sentenza, sia contraddittoria, sia contumaciale. Se dunque di difese e non di eccezioni si fa ivi parola, intendesi designare ciò, che i patrocinatori debbono mettere dal canto loro per ordinare, ed istruire il processo; e non vuolsi restringere il significato delle difese alle sole eccezioni di merito.

Si avverta che le nostre leggi di procedura, egualmente

(1) Ved. Berriat Saint Prix nel luogo cit.

che il codice di procedura francese, non si interessano punto a definire cosa sia difesa, e cosa sia eccezione: di queste seconde se ne fa una descrizione soltanto sotto il rapporto di eccezioni di forma. E non vi è chi possa dubitare che in quanto alle eccezioni che riguardano il merito, o vogliamo dire *alle difese*, esse non sono in luogo alcuno mai più marcate, e definite.

Il signor Goubeau a questo proposito, volendo scusare i compilatori del codice di procedura francese, dove nè anche delle eccezioni di merito, ossia *delle difese*, si fa motto alcuno, scrive a questo modo: « Riguardo ad una quarta classe « di eccezioni, che chiamiamo perentorie del merito, o re- « lative all' azione, i redattori del codice avrebbero dovuto « farne l'oggetto di un titolo particolare; perocchè questa « sorta di mezzi tendenti a distrugger la dimanda (azione) « hanno bisogno di regole positive, esigono una seria at- « tenzione, e sono suscettibili di molto sviluppo; ma sicco- « me abbiamo detto nella introduzione, coloro, che han « formato il codice di procedura, hanno senza dubbio pen- « sato, che essendo tali eccezioni, o la maggior parte di esse, « regolate dal codice civile, diveniva inutile di stabilire « nuovi precetti a questo proposito; supponendo d'altronde « che gli uffiziali ministeriali avessero abbastanza studiato « i codici, e si fossero internati delle loro disposizioni, per « dispensarsi di altre guide (1).

Lo stesso è accaduto presso di noi nella compilazione delle leggi sulla procedura civile. In esse, siccome non si è parlato delle azioni, così non si è trattato nè anche delle eccezioni, che riguardano il merito; e si è supposto che queste eccezioni sorgessero tutte dalle disposizioni contenute nel corpo delle leggi civili. Si sono soltanto enunciate *le difese*, senza specificarsi a quali eccezioni esse si riferissero. Intanto l'enunciativa resta in generale: *et generaliter dicta: generaliter sunt accipienda* (2). Ella è teoria conosciuta in giurisprudenza, che le disposizioni generali comprendono i casi singolari, e si riferiscono a tutte le specie rispettive (3). Dunque le nostre leggi di procedura civile, mentre delle

(1) Goubeau nel luogo cit.

(2) L. 1 § 1 D. de leg. praest. contr. tab. L. 1 D. de off. praesid.

(3) L. si chorus 79 in princ. D. de leg. III Ivi: *Si chorus, aut familia legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint.*

difese segnatamente fanno parola, non ne restringono il significato, riducendolo alle sole eccezioni di merito, per distinguerle da quelle che riguardano il rito.

Premesse queste idee, ci è ora facile il ragionare sulla definizione della eccezione, che da noi qui si è data nell'art. 41 Abbiamo detto: « Vengono sotto il nome di eccezione « tutte le difese, che fa in giudizio il reo convenuto, sia di « diritto, sia di fatto, dirette ad escludere in tutto o in parte, « per sempre, o a tempo l'azione contro di lui intentata.

Questa definizione costa, al senso dei logici, *ex genere et differentiis*; perchè mentre offre l' idea della eccezione in generale, presenta gli elementi delle altre idee relative alle varie specie, che essa comprende sotto di se. Con la guida di questa definizione si ottengono le seguenti cose, che spiegano, ed illustrano tutto ciò che può dirsi in materia.

1. In essa si comprende la semplice negativa del reo, e la negativa congiunta al fatto, cose che tanto dilettavano i dotti comentatori del diritto romano. Più: vi è la vera eccezione al senso delle leggi romane, e la così detta difesa: Il tutto è compreso ed è espresso sotto le voci generiche di *tutte le difese che fa in giudizio il reo convenuto*.

2. Essa include ed esprime le eccezioni di diritto, e quelle di fatto, dai dottori adombrate prima con le tecniche espressioni di esclusion di *azione*, o di *intenzione*, che hanno lo stesso oggetto nel giudizio, ma possono menare ad effetti diversi, avuto riguardo alla loro origine.

3. Si possono classificare col mezzo di essa tutte le specie di eccezioni, in quanto al modo con cui si producono in giudizio, ed in quanto all'effetto, che vi apportano.

4. Restano in essa adombrate le eccezioni modificative, delle quali dovremo tener parola, che non in tutto escludono l'azione, ma la ribattono soltanto nel modo come vien proposta dall'attore.

5. Finalmente vi si comprendono, oltre alle eccezioni perentorie, le dilatorie di ogni specie; tanto importando le espressioni: *in tutto o in parte, per sempre, o a tempo*.

SEZIONE TERZA.

DELLE PRINCIPALI CLASSIFICAZIONI DELLE ECCEZIONI.

A conoscere esattamente l'indole particolare di tutte le eccezioni, ed a poterle regolar bene nei giudizii, fa d' uopo di metterle prima in classi, secondo i principali punti di veduta che esse offrono; nel che fare è assolutamente necessario, che si rimonti alle cause, dalle quali le eccezioni scaturiscono: *Exceptionum cognitionem valde illustrant divisiones, ab earum causis petitae:* l'Oldendorpio (1). Queste cause appunto riguardò Giustiniano, additandole per molte, e ben diverse, allorchè, dopo aver rapportate alcune specie delle eccezioni nelle Instituta, soggiunse: *Haec exempli caussa retulisse sufficiat; alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariae sint, ex latioribus digestorum, seu pandectarum libris intelligi potest* (2). I dottori intanto si sono industriati a fare una raccolta in generale di queste cause, riportandole ad un numero approssimativamente sicuro. Ed al dire dell'Oldendorpio testè citato, esse principalmente si presentano al numero di quattro: 1.° nella causa efficiente rimota, ossia nella causa di origine delle eccezioni: 2.° nella causa materiale, che esse presentano: 3.° nella loro causa formale, con cui si sviluppano nei giudizii: 4.° finalmente nella causa finale a cui esse sono rivolte (3).

1. In quanto alla prima causa di origine, dice questo insigne Scrittore che per diritto romano le eccezioni si presentavano in doppio aspetto, essendo esse o civili, o pretorie. *A causa efficiente quaedam exceptiones sunt civiles, quaedam praetoriae.* Le eccezioni civili, cioè nascenti dal diritto civile si traevano da sei fonti; onde tutta la legislazione civile romana veniva a comporsi, che erano: *Plebiscita, Senatusconsulta, Principum placita, Responsa prudentum, Statuta, Consuetudines, patriae.* Quindi fra le eccezioni civili andavano quelle del Senato-Consulto Macedoniano: *de pecunia filiofamilias credita*, e del Senato-Consulto Velleiano: *de intercessione mulierum.* Più: *Ex*

(1) Old ndorp. Enchirid. except. quotupl. sint ex ept.
(2) § 6 Inst. de except.
(3) Oldendorp. loc. cit.

principum Constitutionibus exceptiones divisionis et ordinis, item praescriptiones illae temporales quadriennii, de re aliena a fisco vendita tit. Cod. de quadrienn. prescipt. quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti, triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quae usucapi aut longo tempore adquiri non possunt. L. 3 4 *Cod. de praescript.* 30 *ann. decem dierum in causa appellationis. Auth. Hodie Cod. de Appell.* Il Vinnio (1).

Per eccezioni pretorie, che si traevano dal *gius onorario*, si intendevano quelle: *Quae a magistratibus olim romanis ob singularem quamdam aequitatem sunt introducta* (2). Tali erano le eccezioni del timore, del dolo *pacti conventi* (3).

Sotto la stessa causa di origine mette l'Oldendorpio, al senso delle leggi romane, le eccezioni *dirette*, e le eccezioni *utili;* intendendo per le *dirette* quelle, che *titulum aliquem vel descriptionem in jure habent, unde certe potest intelligi qua forma sint proferendae;* ed avendosi per eccezioni *utili*, dette ancora *sussidiarie*, le altre, che *proponuntur in factum, quod tale est, ut licet nominatim nullam pariat exceptionem reo convento, aequitate tamen defendendus sit* (4).

2. In quanto alla seconda causa, ossia alla causa materiale, si considerano dall' Oldendorpio le eccezioni sotto un'altro doppio aspetto, cioè in ordine alle persone, ed in ordine alle cose, prendendone egli motivo dalla *L. Exceptiones quae D. de except. A causa materiali*, ei dice, *exceptiones aut in personam sunt, aut in rem:* Ed insegna che le eccezioni personali a questo senso sono quelle, le quali *respiciunt statum et qualitatem ejus qui excipit, vel illius adversus quem excipitur.* Passa poi a descrivere le persone, che per le loro qualità vengono quì in oggetto sotto il detto doppio rapporto, e dice: *Persona excipientis observatur, cum Legatus declinat judicium, vel alii quibus revocandi domum jus datur L.* 2 § *legatis D. de judic. Cumque parens, patronus, tutor, donator vel socius excipit se facere non posse: dict. L. Exceptiones quae L. sunt qui in id, et L. seq. D. de re judic. Cum item quinquennalis*

(1) Vinn. ad § 7 Inst. de except.
(2) Oldendorp loc. cit.
(3) L. qui aquitate Dig. de dol. mal. L. Jurisgentium § precor ait D. de pact.
(4) Oldendorp. Enchir. except. quotupl. sint except.

dilatio, vel salvus conductus indulgetur. L. quoties cod. de prec. Imper. offer. Persona vero illius contra quem excipit, est in consideratione, si judex, vel actor, vel procurator, vel testis evitetur. C. si non a compet. jud. judicatum esse dicatur. Et C. qui legit. pers. stand. in judic. hab. vel non L. 3 D. de test.

Tutto ciò per le eccezioni personali. In quanto poi alle reali, al senso già indicato egli soggiugne: *In rem sunt exceptiones, quae ex ipsa re petita vel qualibet alia, nascuntur. Ut si opponatur: rem petitam non extare in commercio hominum. Item si rescriptum vel libellus actoris impugnatur. Ejusdem juris sunt exceptiones rei judicatae, jurisjurandi, quod metus causa* (1).

S'impegna poi l'Oldendorpio a dimostrare la ragione per cui il giureconsulto Giuliano pone la differenza fra l' eccezione personale, e l'eccezione reale; e si spiega nei seguenti termini, nei quali mirabilmente si veggono da lui con somma felicità raccolti tutti i casi in cui per legge queste differenze si rendono marcabili: *Effectum hujus divisionis tradit Julianus D. de except. Exceptiones (inquiens), quae personae cujusque cohaerent non transeunt ad alios. Et infra. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt. Ulpianus L. apud Celsum § de auctoris dolo D. de dol. mal. et met. except. Et per hoc* (ait) *aeque traditur, rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere: eam autem quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere. Omnes itaque exceptiones quae reo competunt in rem seu obligationem suam, fidejussori quoque, etiam invito reo competunt, auctore Martiano D. de except. Inst. de replicat. § except. autem L. ex persona D. de fidejuss. et mandat. L. defensiones. Cod. eod. tit. Quinimo competunt et illis, quorum interest L. et heredi § fin. D. de pact. Et in rem pacta (inquit Paulus) omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit L. tam mandatori C. de non numerata pecunia. Ideoque singularibus etiam successoribus dantur. C. is qui in jus de reg. jur. L. VI. L. Dolia in horreis D. de contrah. empt. Eum (ait Paulus) qui in locum emptoris successit, iisque defensionibus uti posse, qui-*

(1) Oldendorp. Enchirid. except. quotupl. sint except.

bus venditor uti potuisset. L. flumin. § adijcitur D. de damn. infect. Paulus L. emptor. D. de hered. vel act. vend. Nam (ait) beneficium venditoris prodest emptori (1).

3. Per quello che appartiene alla causa formale, insegna l'Oldendorpio, che viene in considerazione il modo con cui le eccezioni si producono in giudizio, ed il tempo, che per esse è destinato. In quanto al modo ei dice: *A causa formali. Exceptiones alias summarie, alias articulatim eduntur in judiciis. Summatim excipere est brevi ac simplici orationis contextu proponere genus seu caput exceptionis. Articulatim vero excipere est narrare totam facti seriem cum circumstantiis singulatim distinctis per theses.* Ed in quanto al tempo egli soggiugne: *ab eadem causa formali. Quaedam exceptiones eduntur ante litis contestationem, ut dilatoriae. Quaedam post litem contestatam, velati perentoriae regulariter. L. penult. et L. fin. C. de except. L. Peremptorias. Cod. sent. rescind. non poss. C. Exceptionem eod. tit. L. 1 Cod. de jur. et fact. ignor. Ubi comentatores tractant. C. Si quis Episcoporum § exceptio III q. VI. Et ibi glossa. Quaedam denique singulari jure tam ante, quam post litis contestationem possunt opponi: Et propterea anomalae exceptiones appellantur. Ut exceptio excommunicationis ecclesiasticae vel imperialis, falsae procurationis, inepti libelli, et quaecumque ostendit judicium nullius esse momenti. Clem. 1 De except. L. Licet cod. eod. tit. C. in nostra de procurat.*

Finalmente sul conto della causa finale conchiude l'Oldendorpio: *Exceptiones aut sunt peremptoriae et perpetuae, aut dilatoriae et temporales. Justin. de except. § appellantur. Peremptoriae intentionem persequentis semper perimunt, ideoque semper obstant, nec possunt evitari ab adversario, quales censentur doli mali, rei judicatae, pacti conventi perpetui: idest, ne omnino pecunia petatur. Si quid item contra leges factum esse dicetur utpote si res dotalis invita muliere sit alienata. Inst. quib. alien. licet vel non in princ. Vel si mulier pro alio fidejusserit. L. 3 Cod. ad S. C. Vellejan. Dilatoriae exceptiones sunt, quae differunt dumtaxat persecutionem actoris, nec semper locum habent: ideoque possunt ab eo evitari. Ut pacti conventi*

(1) Oldendorp. nel detto luogo.

temporalis: id est, ne forte intra quinquennium agatur. Nam eo tempore finito, non obstat agenti. Huc pertinent exceptiones procuratoriae.

Avverte quì al proposito questo insigne autore che la Glossa suddivise le eccezioni dilatorie, dicendo: *Alia est declinatoria judicii, alia declinatoria solutionis:* e sul conto della prima produce tre specie diverse, conchiudendo: *Utilis est haec divisio propter ordinem proponendarum exceptionum* (1). Noi avremo occasione in appresso di parlare delle declinatorie, che oggi si mettono in classe distinta dalle dilatorie; lo che però non anderemo a seguire, per le ragioni che ne addurremo. Per ora basta avvertire che l'Oldendorpio, la cui autorità ci atterrisce, mentre ammette la distinzione delle declinatorie dalle dilatorie, la trae non già dalla legge, ma dalla glossa, ed in senso diverso da quello che ora vorrebbe intendersi. Noi siamo impegnati in un Trattato che ha la forma di progetto di legislazione; e quindi siamo in obbligo di essere più stretti alla legge, che alla glossa.

Sul conto di questa stessa causa finale nota l'Oldendorpio: *Ab eadem causa finali exceptiones quaedam generalem habent effectum totius intentionis differendae aut perimendae. Quaedam vero partem dumtaxat intentionis elevant. Hoc est unum vel alterum articulum, seu positionem actoris elidunt: reliquis vero non obstant.* Questa osservazione porta alla conseguenza, che non sempre l'eccezione combatte tutta intera l'azione: essa può contraddirla anche in parte; ed è perciò che noi nel definire quì l'eccezione abbiam detto, che essa è diretta ad escludere *in tutto o in parte l' azione intentata*. Art. III.

Resta intanto ad avvertire quì, che questa causa finale delle eccezioni, la quale è la più marcabile in materia, e che l'Oldendorpio la fa comune con l'effetto di esse: *Ab effectu seu causa finali:* i dottori la indicano anche sotto il rapporto dell' effetto: *Est igitur haec divisio sumpta ab effectu*, dice il Vinnio; e si riporta al § 8 *Inst. de except.*, dove appunto parlasi delle eccezioni perpetue o perentorie, e delle temporali o dilatorie. Anche il Voltcio la disegna, esprimendola per effetto, e la riporta alla principale divi-

(1) Oldendorp. nel luogo citato.

sione delle eccezioni. *Tertia et potissima divisio inducitur ab effectu* (1). Ed il Minsingero invece di additar la causa finale nel dar la ragione alle eccezioni dilatorie ed alle perentorie, nota in esse sotto questo rapporto che le distinguono la loro forza, ed il loro effetto nel giudizio. *Agitur autem hic* (cioè nel § 8 *Inst. de except.*) *ab Imperatore, non quidem de tempore et vita exceptionum, sed de vi et effectu, ut sint perpetuae quae peremptoriae sunt totamque perimunt actionem. Aliae temporales, quae dilatoriae, nec nisi ad tempus agere volentibus obstant* (2).

Questo è tutto il piano della quadruplice causa che l'Oldendorpio assegnò alle eccezioni, camminando egli sulle antiche norme del diritto romano, e presentando in grande tutte le idee che a lui somministrava la sua somma perizia legale. Egli però è a confessare, che tutta la comune dei dottori e dei pratici civilisti non seguì poi appuntino tutto il piano dell'Oldendorpio, ammirabile sempre nei suoi saldi principii, ma per alcuni capi non più adattabile al foro.

Generalmente nel foro antico non si riconoscea altra distinzione nelle eccezioni, se non quella che nasceva dalla causa formale, e dalla causa finale. Si dividevano le eccezioni in dilatorie, e perentorie, e qui era in oggetto la causa finale. Molto si diceva sul conto delle une e delle altre, ed in ordine alle perentorie si ammettevano fra di esse le eccezioni modificative di una indole particolare. Si distingueva poi fra le eccezioni che doveano prodursi prima della contestazione, e quelle che avean luogo dopo di essa; e qui era in oggetto la causa formale. E sul conto di questa stessa causa formale era conosciuta una terza specie di eccezioni dopo le dilatorie e le perentorie, che dicevansi miste, o anomale; per la ragione che poteano esser prodotte in giudizio indifferentemente, e prima e dopo la contestazione.

I dottori non marcavano la causa di origine, se non quando comentavano il § 7 delle Instituta di Giustiniano, ed al solo oggetto di farne chiara la intelligenza. Nel foro poi si avea per inutile il dettar regole particolari su questa causa di origine. Giustiniano certamente ebbe ragione di trattarla, perchè dovea far menzione dei Senatusconsulti, delle Costi-

(1) Ved. Vinn. ad § 8 Inst. de except. Vultejo ad tit. Inst. de except. n. 17.
(2) Minsinger. ad § 8 Inst. de except. lit. b.

tuzioni Imperiali, e delle altre cose, dalle quali sorgeva la legislazione antica, che egli avea impreso a raccogliere e pubblicare; e nella quale si conservavano questi nomi. Ma subito che sotto il nome di legge venne ad intendersi tutto ciò ch'era nelle collezioni di Giustiniano, dove eran fusi tutti gli antichi elementi di giurisprudenza, non fu più necessario di dar regole relative all'origine delle eccezioni. Bastava dire in generale, che esse doveano avere origine dalla legge, per potersi far intendere, che sulla legge doveano esser basate, onde riuscir valevoli a far fronte alle azioni.

La causa poi *materiale*, che dà motivo a distinguere le eccezioni personali dalle reali, era marcata da alcuno dei dottori e dei pratici, sotto il solo rapporto di conoscere, se la eccezione potesse trasmettersi, e rappresentarsi da altri. Certamente l'antico pratico Bonaguida, di cui si fa menzione presso Guglielmo Durando, scrittore egregio del secolo decimoterzo, lasciò scritto: *Tertia divisio, quod quaedam (exceptiones) sunt personales, et quaedam reales; personalis, quae personis inhaeret, quod intellige dupliciter, scilicet de persona per quam, et de persona contra quam. De primo, de Legato, de Clerico de excepto, et abundant exempla supra de reo. De secundo, excommunicatio, vel suspicio judicis, excommunicatio actoris: abundant exempla supra de actore. Reales autem sume dupliciter; scilicet quia concernunt rem quamlibet, de qua formatur, puta locum non tutum, vel remotum, vel inhonestum, rescriptum vitiosum, libellum inepte formatum, et similia. Aliae reales quae concernunt rem ipsam, de qua principaliter agitur: petis beneficium, dico illud sublatum ec. ec.* (1).

Il Minsingero sotto il paragrafo quarto delle Istituzioni al titolo *de replicationibus*, dove si fa parola del fidejussore, a cui si accomodano anche le eccezioni, che competono al debitore, scrisse così: *Colligitur autem ex hoc loco illa exceptionum divisio, quod aliae personales sint, aliae reales, quae ideo observanda est ut sciamus quasdam exceptiones competere, et prodesse, non solum principali debitori, sed etiam accessoriis debitoribus. Etenim reales exceptiones sunt, quae rebus ipsis ita cohaerent, ut divelli ab illis non possint, et ad quemcumque devolvatur earum negotium, illi*

(1) Ved. Guglielm. Durando Specul. jur. lib. II part. 1 tit. de except. et replicat. § Exceptionum in not. lit. g.

quoque competat talis exceptio. Itaque; reales exceptiones sunt transitoriae, ut exceptio, de non petendo, Jurisjurandi, rei judicatae, doli mali, et metus causa, S. C. Macedoniani et Vellejani, et non modo principali debitori competunt, sed ad haeredes etiam, et fidejussores transeunt, quia rem ipsam comitantur, tanquam umbra corpus. Personales vero exceptiones sunt, quae non transeunt cum rebus ad alios, et ratione personae, non rei, nobis conceduntur, ut debitor conventus desperet bona sua suffectura creditoribus, licet illi bonis cedere, ne in carcerem detrudatur, ac si denuo ab eo exigantur debita, potest se tueri exceptione cessionis bonorum, quam fecerit de suis bonis. Verum ea exceptio fidejussori non proderit, cum ideo adhibitus sit, ut si principalis debitor facultatibus labatur, creditor ab eo debitum consequi possit, sic etiam exceptio competentiae, quam socius, maritus, parens, patronus, donator habent, scilicet ne supra quam facere possint, condemnentur, personalis est, et in favorem personae introducta, cui favendum est, quod socius, quod maritus, quod parens, quod patronus, quod donator; ideoque ad haeredes non spectat, aut fidejussores.

Le stesse cose si trovan dette dal Vinnio nel luogo medesimo delle Istituta, il quale arricchisce le sue osservazioni con l'additazione specifica delle leggi romane, onde le teorie sono tratte.

Per la qual cosa l'Eineccio, dopo aver parlato delle eccezioni perpetue o perentorie, e temporali o dilatorie, nel che sta la comune di tutti i dottori, soggiunse: *exceptiones quaedam sunt in rem, quae et heredibus ac successoribus prosunt, quales plaeraeque omnes, quaedam in personam, quae privilegio personali nituntur, et hinc cum persona expirant, e. g. exceptio beneficii competentiae. Hoc enim tantum certis personis datum esse supra vidimus* (1).

Ma ben si vede, che questi scrittori fan menzione delle eccezioni personali e reali, non col disegno di metterle in mappa, e classificarle nel sistema delle eccezioni, ma solamente per far conoscere quali siano le trasmissibili, e le rappresentabili da altri, e quindi le reali; e quali le mere personali, che restano strettamente ed esclusivamente attaccate alla persona.

(1) Eineccio Recit. § 1280.

A buon conto, quella che era *causa materiale* rilevata dall'Oldendorpio sotto questo rapporto, e che faceva classe nella sua ripartizione, non si gustava nel foro; come anche nel ripartire le eccezioni non si rimontava alla causa efficiente, ossia alla causa di origine, che presentava le idee di eccezioni civili, e pretorie. Tutti gli scrittori, e tutti i pratici generalmente non riconoscevano nelle eccezioni altra classificazione che passasse al di là delle perpetue o perentorie, delle temporali o dilatorie, e delle miste ossia anomale. Egualmente oggi nel foro, oltre alle eccezioni *perentorie*, e *dilatorie*, alle quali si vogliono aggiugnere le *declinatorie*, altre specificazioni non si danno.

Noi intanto che in questo Trattato dobbiamo produrre un sistema esatto e compiuto, per non lasciare un vuoto nella materia, ci siamo creduti in obbligo di enunciare negli articoli 42 e 43 ciò, che sul conto delle eccezioni ha rapporto alla loro causa di origine, ed anche alla loro causa materiale. Abbiam detto nell'articolo 42: *Le eccezioni o nascono dalla legge direttamente, o sorgono da convenzioni, e da fatti particolari obbligatorii*. E poi abbiamo soggiunto nell'articolo 43: *Vi sono le eccezioni personali, e le eccezioni reali;* spiegando così le prime che le seconde sotto il rapporto di far conoscere quali di esse possano trasferirsi o rappresentarsi da altri. Si vede che nel primo di questi articoli abbiamo accennato la causa di origine, nel secondo la causa materiale delle eccezioni. Dopo date queste nozioni, ci crediamo poi dispensati dall'obbligo di discendere ad ulteriori dettagli sulla materia. Quali, e quante siano le eccezioni che nascono dalla legge, o dal fatto particolare obbligatorio dell'uomo; e quali e quante siano le eccezioni personali o reali, abbiam tralasciato di metterle qui in catalogo con capitoli distinti, ed in articoli separati. Abbiam creduto che tali cose appartenessero allo studio della giurisprudenza, e si ravvisassero già definite e distinte nel corpo intero delle leggi.

Certamente dalle nozioni generali della giurisprudenza si conosce quali siano le eccezioni, che nascono dalla legge, cioè quelle, per le quali particolarmente, ed appositamente la legge si pronuncia. E per le eccezioni nascenti dai fatti obbligatorii dell'uomo è facile il farne idea col ricordare i patti, le convenzioni, i contratti, ed i quasi-contratti, i de-

litti, ed i quasi-delitti. Queste cose danno la sorgente alle azioni, come accennammo nella prima parte di questo Trattato, ed egualmente la danno alle eccezioni, che alle azioni si oppongono.

Per quello, che riguarda poi le eccezioni reali, e personali, possono aversi presenti i principii del diritto già rilevati dal Minsigero, e dal Vinnio, che di sopra abbiamo esposti. E sul conto delle nostre attuali leggi tra le altre cose si può avvertire, che si prevede il caso della eccezione puramente personale, competente al debitore, la quale non può venire opposta dal reo fidejussore art. 1098 LL. Civ. Il perchè anche oggi il beneficio della cessione dei beni, che certamente è fra le eccezioni personali, non compete al fidejussore; compete però agli eredi, ai quali si trasmette.

Più nell'art. 1076 è detto. *Si presume, che ciascuno abbia stipulato per se, per i suoi eredi, o per quelli, che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione*. Dunque nella condizione, che in questo articolo è espressa, trovandosi nel fatto una convenzione, che nitidamente esclude gli eredi, e gli aventi causa, o che per la sua indole questi tali non include, l'eccezione che ne emerge, resta puramente personale, e quindi non trasmissibile, nè capace ad essere esercitata dai fidejussori. Il principale obbligato nel contratto se è di età minore, gode della eccezione nascente dalla età, ma questa eccezione non passa ai fidejussori. Una donna maritata, che si obbliga, senza la necessaria autorizzazione, può eccepirla in giudizio, e questa eccezione è comune anche al marito, ed agli eredi di entrambi, articolo 214 LL. Civ. ma essa non passa ai fidejussori.

Nell'art. 1255 son consegnate queste teorie: *La confusione che ha luogo nella persona del debitor principale, giova ai suoi fidejussori: quella che succede in persona del fidejussore non estingue l' obbligazione principale, quella che ha luogo nella persona del creditore, non giova ai suoi condebitori solidati, se non per la porzione, di cui egli era debitore*. E quindi con la guida di questi principj va regolato quì il cammino delle eccezioni. Ciò, che è scritto negli art. 195, e seguenti intorno agli alimenti, che la legge accorda alle persone colà indicate, si circoscrive alle sole persone, e cose simili.

Passando poi alle due altre cause delle eccezioni, cioè alla causa formale ed alla causa finale, per noi si tiene una condotta differente. Già negli articoli 44, 45 e seguenti abbiam definite le eccezioni temporali o dilatorie, le perpetue o perentorie, e le modificative. Abbiamo anche avvertito, che alcune delle dilatorie possono essere prodotte in giudizio in qualunque stato si ritrovi la causa; mentre tutte le altre per regola debbono essere prodotte pria che il reo convenuto si difenda in merito, meno che non sorgano da una causa, che posteriormente si appalesi: ed abbiam conchiuso, che sul conto delle perentorie possono esse venir prodotte in giudizio in ogni stato, in cui la causa si ritrovi, sia in prima, sia in seconda istanza. Queste idee hanno bisogno di un particolare sviluppo, ed esigono capitoli, ed articoli separati; nel che anderemo ad impegnarci. A buon conto noi seguiteremo nel dettagliare la classificazione delle eccezioni, la comune dei dottori, ed il sistema anche attuale del foro, intrattenendoci con parzialità sulla loro causa finale soltanto, e sulla loro causa formale.

E vaglia la verità: Le eccezioni son dirette ad escludere in giudizio l'azione, in tutto, o in parte; per sempre, o a tempo. Dunque l'oggetto principale, a cui debbono essere rivolte le cure nel trattarle in ordine ai giudizii, si è quello di far conoscere come, e quando debbano esse venir proposte, e come e quando producano in giudizio gli effetti desiderati. Ora coteste due cose appunto si contengono nella causa formale, e nella causa finale delle eccezioni. Nella prima và spiegato il modo, ed il tempo, in cui le eccezioni valevolmente prodotte, partoriscono in giudizio il loro effetto. Ecco perchè nel foro antico, e moderno, parlandosi delle eccezioni, si danno le sole idee delle perentorie, e delle dilatorie. Si tace la origine delle eccezioni: e non si fa motto della distinzione di esse tra personali, e reali. Queste due ultime cose fanno parte della giurisprudenza, e non vanno tassativamente indicate nel Trattato delle eccezioni adattate al foro. E Giustiniano stesso, da cui si può, e si dee prender modello, non piazzò le eccezioni reali e personali sotto al titolo *de exceptionibus*, dove sta la sua classificazion delle eccezioni, ma indicò queste qualità reali o personali in altro luogo, al § 4 delle Istituta *tit. de replicationibus*; col disegno solamente di far ivi conoscere quando le ecce-

zioni si potessero rappresentare dai fidejussori: *Quae exceptiones fidejussoribus prosunt, vel non:* così è iscritto cotesto § dai comentatori di esso (1).

Diciamo tutto ciò, mentre ci siamo avveduti, che non mancano alcuni scrittori, specialmente tra i moderni, i quali mostrano di non restar bene soddisfatti del metodo generale già invalso, di classificare le eccezioni, distinguendole solamente in perentorie, e dilatorie; senza dar dettagli particolari sulle eccezioni reali, e sulle personali, non che su quelle che nascono dalla legge, e dal fatto obbligatorio dell'uomo. Pare che si vogliano notar quasi di trascuraggine i Trattatisti, che di queste ultime non si sono occupati. Ora per le cose già dette, questo malcontento certamente dovrebbe scomparire; e quindi sul conto nostro, che scriviamo, pare ancora di non potervi esser luogo a temere, che *isthaec in nos cudetur faba.*

SEZIONE QUARTA.

DELLA CLASSIFICAZIONE DELLE ECCEZIONI IN PERPETUE O PERENTORIE, E TEMPORALI O DILATORIE.

Siamo già a rilevar la causa finale, ed anche la causa formale delle eccezioni. Entrambe coteste cause vengono in oggetto, allorchè le eccezioni si considerano sotto la veduta di perpetue o perentorie, e di temporali o dilatorie. Noi tratteremo della causa finale in questa sezione, e quindi della causa formale nella sezione che segue.

Ora tutte le eccezioni, sia che vengano dalla legge, sia che nascano dal fatto obbligatorio dell'uomo, tutte in generale sono di due specie, o perpetue e perentorie, o temporali e dilatorie. *Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae, et peremptoriae, aliae temporales, et dilatoriae;* Giustiniano (2). E si avverta che egli parlò quì in generale, così che abbracciò tutte le eccezioni qualsivogliano, ed altra distinzione non pose fra di esse, che le due già additate. Avea poco prima marcate nelle Instituta alcune specie di eccezioni, recandole quasi per esempio; poi le avea divise in civili e pretorie, riguardandone l'origine; finalmente quando fu a

(1) Vedi il Gotifredo, ed il Vinnio sul detto § 4 Inst. de replic.
(2) § 8 Inst. de except.

sempre, o a tempo la forza all'azione, a cui si oppongouo. Ecco dunque sotto ques'o aspetto la causa finale. Ma vi è anche compresa sotto questa duplice denominazione delle eccezioni la loro causa formale; mentre col carattere appunto di perpetue o perentorie, e di temporali o dilatorie, esse prendono regola diversa in quanto al modo ed al tempo in cui debbono esser prodotte in giudizio; se cioè prima della contestazione della lite, o al tempo di essa, o pure così prima che dopo indifferentemente; nel quale ultimo caso i dottori assegnarono loro una nomenclatura particolare, chiamandole *anomale*, o anche *miste*.

Questa doppia causa finale e formale è ammessa da tutti i dottori nell'eccezioni, qualificate per perentorie o perpetue, o per dilatorie o temporali. Nè è di ostacolo la rispettabile autorità di Arnoldo Vinnio. Egli dice: *dictae sunt perpetuae non a tempore proponendi, quod quacunque judicii parte opponi possunt, ut postea ostendemus, ut male DD., et Mynsingerus hic num. 2, nam et dilatoriae quaedam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus; sed a tempore quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratae pecuniae vere perpetua est* (1). Ed è marcabile, che questo sentimento del Vinnio è seguito anche dall'Illigero nelle annotazioni al Donello, il quale si fa egualmente a notar di errore i dottori, ed il Minsingero (2).

A buon conto, questi insigni autori par che vogliano correggere un errore comune, che suppongono appo tutti i dottori; e non ammettono, che le eccezioni perpetue, e le temporali debbano dirsi tali in riguardo al tempo ed al modo, con cui si producono in giudizio. La loro teoria è sicura, quando però si ha in mente di ricercare la causa finale delle eccezioni, che dà loro la definizione, e la sostanza. Ma forse sfuggì al Vinnio nel luogo rapportato ciò, che egli medesimo poco più innanzi nelle stesse Istituta venne a dire; cioè, che: *exceptiones dilatoriae cujuscumque eae generis sunt, si paucas dempseris, inter exordia litis, hoc est ante litem contestatam opponi debent* (3). La qual cosa non può stare, se non si confessi, che nelle dilatorie si riguarda eziandio

(1) Vinn. ad § 9 Inst. de except. num. 1.
(2) Hillig. ad Donell. dict. loc.
(3) Vinn. ad § 2 Inst. de except. num. 10.

la causa formale, la quale versa appunto circa il modo, ed il tempo da doversi esse produrre in giudizio. I dottori dunque, e fra essi il Minsingero, non sono riprensibili perchè in questo senso appunto intesero considerare le perentorie, e le dilatorie, riguardando in esse la loro causa formale. *Agentibus obstant. Hoc est quibus non praescribitur, quo minus in qualibet parte judiciorum opponi possint. Significat enim Justinianus hic initium, et finem harum proponendarum exceptionum, nempe a lite contestata usque ad rem judicatam; ceterum post sententiam non possunt admitti* (1). E perciò l' Oldendorpio, scrittore accuratissimo, distinse le due cause, cioè la finale, e la formale; appunto per far conoscere, che esse entrambe si affacciano sul conto delle perentorie, e delle dilatorie, quantunque per oggetti diversi; cioè la prima ad indicare il fine a cui tali eccezioni così qualificate conducono, e la seconda per dinotare il modo, ed il tempo da doversi produrre in giudizio. Ma più di tutti rende chiaro questo argomento il Rittersusio, il quale mette fra le eccezioni dilatorie, e le perentorie due differenze distinte, e separate fra loro, indicandone l'oggetto rispettivo: *Porro inter exceptiones dilatorias, et peremptorias hae duae potissimum sunt differentiae:* 1.° *Quo ad effectum, qui ex ipsis definitionibus supra traditis intelligitur; quod scilicet dilatoriae non prorsus litem tollant, neque perimant, aut exhauriant, sed tantum differant ac morentur ad tempus ec. . . . Altera differentia est, quod dilatoriae tantum in exordio litis, sive ante litis contestationem, opponi possint: ac si omissae fuerint, postea non amplius admittuntur* (2).

Noi dunque a bella posta in questo trattato abbiam prima messe in tesi nell'articolo 44 le eccezioni perpetue o perentorie, e le temporali o dilatorie, spiegandone in seguito gli effetti; nel che sta la loro causa finale: e poi nell'articolo 48 abbiam parlato del modo e del tempo, in cui le dilatorie vengono proposte legalmente nei giudizii; nel che sta la loro causa formale. Ma ritorniamo in via, per ciò che appartiene alla presente sezione; cioè alla causa finale delle eccezioni.

Tutti i dottori hanno seguita sempre e costantemente la divisione che fece Giustiniano, distinguendo tutte le ecce-

(1) Mynsing. ad § 8 Inst. de except. n 2.
(2) Rittershus. ad § 8 Inst. de except.

zioni in perentorie o perpetue, ed in dilatorie o temporali. Questa teoria è invalsa in tutti i tempi nelle cattedre e nel foro; anche per i principii sanzionati dal diritto canonico (1). Non è a negare intanto che dietro questa doppia generale distinzione si conoscevano altre specie subalterne di eccezioni, che servivano di appendice alle due principali già espresse. Si erano inventate le eccezioni anomale, dette generalmente anche miste, come abbiamo poc'anzi già accennato, le quali partecipavano della natura delle dilatorie e delle perentorie, e potevano opporsi così prima che dopo la contestazione della lite. Era così sacro appo i dottori, che due soltanto dovessero essere le specie delle eccezioni riconosciute e definite dalla legge col loro nome particolare, che avendone essi voluto inventare un'altra, la dissero anomala; lo che si traduce, che la legge non dà ad essa il nome, e quindi non la disegna: *Tertium genus est exceptionum anomalarum seu mixtarum, quae participant naturam tam dila oriarum, quam peremptoriarum, et possunt opponi, tam ad impediendum ingressum aut processum litis ante ejus contestationem, quam ad elidendam actionem actoris post contestationem, ut sunt exceptio rei judicatae, transactionis, litis finitae;* Il Carlevalio; a cui fanno eco tutti gli altri scrittori (2): sebbene qui i dottori di gusto più raffinato distinguevano le *anomale* dalle *miste*. Si senta l'Illigero presso il Donello: *Ut qui anomalas addunt, quae de u'riusque natura participent, ac, tam ante quam post litem contestatam opponi queant. Vid. Monach. Pract. judic. p. 5 § 6 c. 3 n. 8 ubi tales esse vult non numeratae pecuniae et dotis, item filiationis, et beneficii inventarii . . . . Item mistas, quas alii alias vocant, quae tam in dilatoriarum ad processum impediendum quam peremptoriarum ad terminandam litem forma opponi possunt, ut DD. citat. a Moll. ad Nov. Elect. Sex. 3 P. 1 n. 3 i; vulgo exceptiones litis finitae* (3). Dal che si vede che le pure *anomale* riguardavano soltanto il processo, ed il cammino giudiziario dell'azione, e le miste si estendeano più oltre, ed abbracciavano anche l'azione in merito.

Si conoscevano oltre a ciò le eccezioni *dubbie*, nel caso

(1) Vedi i Dottori sul Cap. Exceptionem 12 Extr. de except.
(2) Lib. 2 tit. 2 disp. 5.
(3) Hillig. ad Donell. lib. 22 cap 2 n. not.

in cui non era ben sicuro, se al tempo in cui si produceano in giudizio presentassero esse la idea di dilatorie o di perentorie. Esempio: quando si eccepiva, che *sub conditione debebatur;* allora se era chiaro che alla condizione poteva adempiersi, e non ancora si era adempiuto, la eccezione senza contrasto restava dilatoria; ma se non potea sapersi di sicuro che alla condizione si avesse potuto adempiere, la eccezione si qualificava per incerta, e quindi dubbia in atto. Ed è marcabile, che il grande Ottomano, al dire dello stesso Illigero, fu così attaccato a questa idea di *dubbiezza* di eccezioni, che arrivò ad accusare di trascuraggine l'Imperador Giustiniano, perchè nella sua partizione omise questa terza specie di eccezioni. Prese argomento l'Ottomano dalla *L.* 56 *D. de condict. indeb.*, dove Papiniano fa appunto il caso in cui possa dirsi: *incertum esse temporaria sit an perpetua exceptionis defensio.*

Ma che che sia di tutte queste inventate diversità di vocaboli, il certo si è, che le distinzioni delle eccezioni in *anomale*, e *miste* nel fòro ebbe una osservanza più tenace, ma appo gli eruditi scrittori legali non si sostenne; nè da essi si applaudì al sistema di doversi riconoscere le eccezioni così dette *dubbie*. Fu sempre ritenuto per sicuro che al di là della doppia distinzione fatta da Giustiniano, non vi era luogo a riconoscere nelle eccezioni altre specie con solidità di ragioni, e con purità di principii legali. E si avvertì che un'errore in cui comunemente si era incorso, avea dato luogo alle novelle invenzioni. Ecco come ciò elegantemente e con precisione è spiegato dall' Illigero nel rapportato luogo; il quale parlando delle anomale scrive così: *Totus fere error DD. inde, quod perpetuas dici putarent quae quovis tempore judicii opponi possint: temporales contra. Errouee per not.* 1 *h. C. num.* 13. *Ex anomalis itaque quas vocant, aliae, ut non numeratae pecuniae, vere peremptoriae: aliae, ut excommunicationis, vere dilatoriae, ut et prob. C. Exceptionem* 12 *extr. hoc tit. Neque enim haec dilatoriarum substantialis forma, ut ante litis contestationem proponatur, sed ut ad tempus excludat. Neque solemnitas judiciorum substantiam aut naturam exceptionum mutat. Lopez d. cap.* 28 *n.* 4.

Parlando poi delle eccezioni miste, e delle ambigue — *dubbie,* soggiugne l'Illigero — *Ambiguae vero illae et mi-*

stae, non nova sed peremptoriarum species, quarum effectus in L. 56 eis tribuitur. Ac, etsi utraeque (è assai degna di esser ben marcata questa dotta, e profonda riflessione), *ut et quasi peremptorias dicunt, in sua specie quid peculiare habeant, id tamen in cujusvis generis tractatu potius, subdivisionibus factis, monendum* (1).

Le eccezioni dunque *dubbie,* che furono tanto ben gustate dall'Ottomano, vennero poi neglet e da tutti gli scrittori; per la ragione già additata dall'Illigero. Certamente il testo di Papiniano, che ne somministrava l'argomento, risveglia altre idee, e propriamente appartiene alla teoria *de condictione indebiti;* in fatti sotto questo titolo del Digesto è registrato, e corrisponde ad altre leggi poste nel titolo medesimo. Per bene intenderlo basta consultare il Donello (2), ed il Brunemanno; il quale ultimo in un modo preciso ed elegante ne dà la seguente esposizione — *Summarium — Habenti exceptionem temporalem, quae ob casum fieri potest perpetua, si solvat, datur condictio — Si exceptio quidem sit temporalis, sed ob casum posset fieri perpetua ob dubium eventum, eo casu datur condictio, verb. grat., ne conveniat me donec Titius Consul factus. Simile exemplum est in L.* 22 § 1 *h. t. et L.* 8 *D. de act. empt., ubi exceptio non ad plenam rei liberationem, sed ad perpetuam rei intentionem competit* (3).

Noi dunque nel presente Trattato di queste eccezioni *dubbie* non dobbiamo tener conto. Nè anche ci siamo creduti in obbligo di mentovare le eccezioni *anomale*, e le *miste* al senso già indicato; cioè non le abbiamo distinte, marcandole con questa particolare denominazione, ma nella sostanza le abbiamo ritenute. Nell'art. 48, dove si tratta del modo e del tempo in cui le eccezioni si producono in giudizio, abbiam parlato delle dilatorie, che si possono allegare così prima, che dopo la difesa in merito, ed in qualunque stato si ritrovi la causa: quì sono annidate le *anomale*. La cosa vi è: e non è necessario di adottare una denominazione particolare, che poi a buon conto farebbe restare queste eccezioni senza nome - *Anomale*. Se possono esser prodotte in giudizio così prima che dopo la difesa in merito, ciò appar-

(1) Hillig. ad Donell. dict loc

(2) Lib. XIV Cap. XI n. XIV.

(3) Ved. Brunemann. ad L. 56 D. de condict. indeb.

tiene alla forma, non al merito della eccezione. La forma riguarda il processo, e la solennità dei giudizii; lo che niente ha che fare con la natura, e con l'indole delle eccezioni. Ripetiamo con l'Illigero: *neque solemnitas judiciorum substantiam aut naturam exceptionis mutat.*

Abbiam parlato però in questo Trattato delle eccezioni modificative, indicandole come una specie delle perentorie; e di esse daremo in seguito più precisi dettagli. Certamente queste eccezioni modificative son degne di tutta l'avvertenza per le particolari teorie, che presentano, riguardato così il vecchio, che il nuovo foro. Cosa è l'eccezione modificativa? Lo disse un nostro accurato scrittore pratico Giuseppe Amendolia, sulle traccie dei classici civilisti, che egli avea per le mani: *Modificativa exceptio est, quae actionem moderat, et illam excludit eo modo, quo intentatur, sed non in totum enervat* (1). Ed il particolare di questa eccezione si è, che può esser prodotta anche dopo la sentenza, ed al tempo della esecuzione di essa. In fatti sotto questa indicazione precisamente è annunciata dal Maranta: *Sunt etiam quaedam exceptiones, quae possunt opponi etiam post sententiam: et sunt illae, quae non in totum enervant sententiam, sed illam modificant* (2). Anche il Galluppo nostro antico pratico assai stimato, sotto questo stesso rapporto rilevò tali eccezioni, e dopo averle definite, ne diede l'elenco. Il capitolo 3 della parte 3 della sua opera è iscritto: *De exceptionibus impedientibus executionem sententiae:* E qui egli comincia dal dire: *Regula : omnes exceptiones, quae impediunt liquidationem publici instrumenti, impediunt executionem sententiae ... dummodo proportio adsit, et sint modificativae, idest quod non in totum enervant sententiam* (3).

A buon conto la eccezione modificativa, posta al confronto delle dilatorie, e delle perentorie, par che renda precisamente le seguenti idee. Primieramente ella per indole sua propria, e particolare, può esser prodotta in giudizio anche dopo la sentenza; ed allora modifica la sentenza, e quindi l'azione, che con essa si conserva: ed al certo questa efficacia non hanno mai le dilatorie, e le perentorie. In secondo

(1) Amendol. prax. civ. part. 2 tit. 14 quaest. 1 2 35.
(2) Maranta membr. IX n. 18 e seguenti.
(3) Si possono vedere il Muscatello, il Carlovalio ec.

luogo la modificativa, guardata nel suo fondo, è una specie sì bene della perentoria, ma perentoria propriamente non è. Noi chiamiamo eccezione perentoria quella, che perime e distrugge l'azione: *interficit;* al dir del Cujacio. E questa perentoria è doppia, mentre può distruggere tutta intera l'azione, e può distruggerla anche in parte, rimanendo intanto l'altra parte salva ed illesa. Esempio: si cercano da me cento: io posso opporre l'eccezione perentoria, allegando e provando la soddisfazione, o di tutti i cento, o di parte di essi. Nel secondo caso la mia perentoria è parziale, perchè abbatte l'azione per quella sola parte, per la quale allego e provo la soddisfazione; e così mentre una parte dell'azione viene abbattuta, supera però l'altra, per la somma che rimane, per la quale l'azione stessa resta intatta, e pienamente in vigore.

La modificativa per contrario non abbatte parte dell'azione, restandone salva ed illesa un'altra parte, ma l'attacca nel tutto insieme, per modo, che mentre non la distrugge, la indebolisce però e la sfianca; onde non poter essa poi avere in giudizio il pieno suo effetto, che l'attore si avea proposto: *non in totum enervat;* al dire dei pratici sopra allegati. Esempio: cerchi da me cento: io non niego il debito, e non allego la soddisfazione; ma, eccependo, ricorro al beneficio della competenza. Allora l'azione contro di me intentata, nel tutto ed in ogni sua parte è salva, e non risente abbattimento alcuno: solamente resta infievolita per l'effetto a cui è diretta; mentre per me non sarà efficace, se non in quanto permettono le mie forze, e soffre il mio patrimonio. La modificativa dunque, mentre è di ostacolo all'azione, non è perentoria assoluta; ed è ben diversa dalla perentoria parziale, perchè *non interficit,* ma indebolisce: *non totum enervat;* ed è perciò, che questa modificativa si può opporre anche dopo la sentenza, ed al tempo della sua esecuzione. La sentenza non fa altro, che dichiarare e conservare l'azione nello stato in cui ella è, e tale quale vien proposta in giudizio dall'attore. Quindi, se l'azione è passibile di una eccezione, che la indebolisca in quanto agli effetti, essa in questo stato medesimo resta dichiarata, e conservata dalla sentenza. Può quindi essere attaccata allora la sentenza nella sua esecuzione; perchè in questo caso, non è che si combatte la sentenza, ma si contrasta negli effetti

l' azione che dalla sentenza vien protetta. Non così per le perentorie, sianô integrali, siano parziali. Fa d'uopo, che l'azione suscettibile di queste eccezioni, sia attaccata pria, che si pronunzii la sentenza, con la quale, o si dichiara che l'azione resta abbattuta, ed allora non può essa più risorgere, o si dichiara, che l'azione resta in vita, ed allora essa non può più perire, sia in tutto sia in parte.

Differisce poi la modificativa dalla dilatoria, lo che è facile a concepirsi; poichè questa seconda ferisce a tempo e modo definito l' azione, ma non la indebolisce: *vulnerat;* ed in questo caso, dopo sfogata la dilatoria, l'azione si ripiglia, e si rimette in via, figurando in giudizio sana e salva come era, prima di opporsi la dilatoria. La modificativa per contrario non ferisce a tempo definito l'azione, ma la indebolisce a tempo indefinito: *non in totum enervat*. Il tutto in breve: la eccezione dilatoria *vulnerat* l' azione, che poi va a risanare: la perentoria *interficit* in tutto o in parte l'azione, restando salva intanto la parte non ammazzata: la modificativa *non in totum enervat*. Questi sono i principii, che ci mantengono saldi nella classificazione delle eccezioni, da noi adottata in questo Trattato, come già abbiamo espresso.

Dobbiamo intanto difenderci da una imputazione, che sicuramente ci sarà sopra; mentre nel far noi la classificazione generale, e precipua delle eccezioni, le distinguiamo in dilatorie e perentorie, connettendo alle perentorie anche le modificative; e con ciò ci dipartiamo alquanto da quello che oggi comunemente si segue nel foro, tenendosi dietro al sistema delle eccezioni, adottato ed insegnato da tutti i moderni pratici francesi, che hanno scritto e scrivono sul proposito. Questi dotti autori, dopo aver fatta distinzione fra le eccezioni, e le difese, come abbiamo avvertito di sopra, comprendendo sotto le difese tutte le eccezioni in merito, dividono poi le eccezioni in declinatorie, perentorie, e dilatorie. *Secondo la legislazione del codice, debbonsi ammettere tre classi di eccezioni 1.° le declinatorie o remissioni: 2.° le perentorie della forma, o nullità: 3.° le dilatorie, come i termini per fare inventario e deliberare, e quelli per chiamare in garantia;* il Goubeau (1). Lo stesso

(1) Trattato delle eccezioni nel principio.

dice il Carré: *Tutte le eccezioni* (escluse cioè le difese, che riguardano il merito) *sono o declinatorie, o dilatorie o perentorie* (1). Lo stesso il Pigeau; il quale porta una spiega più chiara delle perentorie, che qui si additano: *le eccezioni*, dice egli, *si dividono in declinatorie, perentorie, e dilatorie. . . Le perentorie così dette dal latino peremptorius che tende ad evitare, poichè tendono ad estinguere, e per così dire, soffogare l' istanza, contro la quale vengono prodotte, senza punto esaminarsi, se essa è ben fondata o no* (2). Col medesimo sistema si pronunciano gli autori delle Pandette Francesi, sotto il titolo delle eccezioni del cod. di procedura civile. *Vi sono tre sorte di eccezioni* 1.° *le eccezioni declinatorie, che si chiamano ancora motivi di non procedere . . .* 2.° *le eccezioni dilatorie. Queste sono quelle, che non tendono, che a sospendere l'istanza, e non ad estinguere l'azione. . .* 3.° *Le eccezioni perentorie. Queste sono quelle che impediscono il proseguimento dell'azione, senza esaminare, se è giusta, o no nel suo principio.* E con queste regole stesse venne animato il progetto della Corte di cassazione di Parigi del 1809, che abbracciò le teorie delle azioni e delle eccezioni, come si può vedere dall' art. 63 in avanti. Il solo Berrait-Saint-Prix ha fatta bimembre la classificazione delle eccezioni, mentre ha posto in primo luogo le perentorie, nel senso già indicato, ed in secondo luogo le dilatorie. Parlando poi di queste ultime, egli le distingue in dilatorie propriamente dette, ed in declinatorie o sia rimissioni (3).

Due cose a buon conto sono qui a notare; cioè che si riconoscono le eccezioni *perentorie* di *forma*, diverse dalle perentorie al senso delle leggi romane, e si fa una distinzione fra le dilatorie e le declinatorie, come se esse fossero di un genere diverso. Noi intanto, senza offendere punto il rispetto ben dovuto ai sommi uomini di sopra rapportati, non seguendo le loro teorie, in questo Trattato ci siamo attenuti ai stretti principj del diritto Romano, che crediamo di dover restare sempre saldi, e di esser ben compatibili con le nostre attuali leggi di procedura civile. Confessiamo, che anche il signor Domat fece quella triplice ripartizione delle

(1) Carré la legge della proced. civ. 3 div. tit. 9.
(2) Pigeau proced. civ. part. 2 tit. 1 cap. 1.
(3) Pag. 53 57 Berriat vol. II delle eccezioni cap. 1 3.

eccezioni, in *declinatorie, dilatorie, e perentorie*; egli però non intese mai ammettere le perentorie, così dette oggi, *di forma*, ma parlò delle perentorie, che sono relative al merito: *Exceptiones peremptoriae sunt quae destruunt, seu extinguunt actoris actionem, et faciunt ut reus absolvatur ab actoris petitione; id praestant praescriptio, compensatio, solutio*. Si vede qui che il Domat seguì appuntino il diritto romano, ammettendo a buon conto due sole classi di eccezioni, cioè le dilatorie, e le perentorie; e queste ultime al senso di esser dirette al merito dell' azione. La declinatoria, che egli in primo luogo rileva, non è che una specie delle dilatorie. E questa è una cosa che può menarsi buona, perchè a differenza di tutte le altre eccezioni dilatorie, la declinatoria riguarda il tribunale, ed il giudice, dove la causa và a trattarsi, e dee quindi esser prodotta pria, che si consenta nel giudice stesso: *Declinatoriae exceptiones*, siegue il Domat, *ante alias proponendae, non ultra enim aliud Tribunal conceditur, cum sponte primi judicis auctoritas fuit recognita* (1). E forse sopra gli stessi principii appoggiò la teoria della Glossa, che fu avvertita e ben gustata anche dall' Oldendorpio, come di sopra accennammo, secondo la quale si facea anche distinzione fra la declinatoria e le altre eccezioni dilatorie (2). Ma a stretto rigor di logica legale, questa duplicazione di classe non regge. La declinatoria è una specie della dilatoria, e resta quindi ben racchiusa sotto di essa, che la comprende. Non sempre poi la declinatoria porta la necessità di esser prodotta prima di ogni altra eccezione in merito; imperciocchè trattandosi d'incompetenza per ragion di materia, la eccezione può venir fuora in ogni stato di causa. Noi, allorchè saremo a proporre le varie specie delle dilatorie, speriamo di poter esser chiari abbastanza, per far rilevare il tutto luminosamente.

Ma (checchè sia di questa specie duplicata di dilatorie, che riceve anche una qualche autorità dal Domat, e dalla antica Glossa, e che forse potrebbe non esser del tutto inutile: *utilis est haec divisio, propter ordinem exceptionum*; l' Oldendorpio); certamente per quello che appartiene alla

(1) Domat Jus publ. lib. IV tit. II n. 11.
(2) Oldendorpio Enchirid. except. quotupl. sint except. n. 9.

perentoria di *forma*, oggidì riconosciuta, e non protetta dal Domat, nè da alcuno degli antichi autori, pare, che non possa aver essa sodi principii legali, onde sostenersi; il perchè da noi in questo Trattato non è stata riconosciuta. E vaglia la verità, l'oggetto della eccezione è quello di escludere in tutto o in parte, per sempre o a tempo, non già la dimanda giudiziale, e l'istanza che ne emerge, ma sì bene l'azione dedotta in giudizio; onde è detto che col mezzo della eccezione l'azione si *espelle*, si *rimuove*, si *esclude*, si *indebolisce*: e di azione si parla con proprietà di voce, e non già di dimanda giudiziale, o d'istanza. *Ex eadem vi nata verba convenientia, repelli, removeri, submoveri, excludi, infirmari actionem exceptione, seu ope exceptionis, quae legenti passim in hoc argumento occurrent*; il Donello (1). Più: è detto che l'oggetto della eccezione è quello di toglier di mezzo la cognizione di tutto l'affare, che è in giudizio, e di esaurirlo perfettamente. *Totius negotii cognitionem tollere, vires principalis negotii exhaurire* (2). Se dunque a questo fine le eccezioni tendono direttamente, sono esse perentorie; se vi tendono indirettamente, deviando o ritardando per poco il cammino all'azione, diventano dilatorie.

Le *perentorie* dell'istanza, ossia *di forma*, sono mere dilatorie, perchè non fanno che differire il giudizio che dee formarsi sull'azione dedotta. Il giudizio si rende sull'azione, e non sull'istanza. L'istanza è il tenore della causa, da cui il giudizio emerge: *Instantia est tenor judicialis singularum causarum*; l'Ubero (3). Chi agisce in giudizio, non ha oggetto di far valere l'istanza, ma di far valere l'azione, che col mezzo dell'istanza si sostiene. Dunque, fino a che l'azione non resti decisa, per quante volte si possa ripigliare l'istanza, e per quanti incidenti possano mai avvenire nel giudizio, che ne ritardino la decisione, l'azione, sempre sta, e le eccezioni non ancora la escludono. L'oggetto dunque è nell'azione, e non già nell'istanza; e quindi le vere eccezioni perentorie son quelle che perimono l'azione, e tutte le altre che riguardano l'istanza, restano nella classe delle dilatorie. Queste tutte sono le dilatorie, che

(1) Donell. ad tit. Cod. de except. n. 4.
(2) L. 2 cod. de prec. Imp. offer.
(3) Hub. ad pand lib. V tit. 1 de instant. n. 27.

furon chiamate da Cicerone: *Translationes, et judicii commutationes* (1). Al proposito il Vinnio: *Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem, sive quia persona judicis aut adversarii, aut procuratoris idonea non est, ad judicium exercendum, sive quia actio, quae intenditur non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causae praejudicium fiat: et generaliter quaecumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in aliam causam, in aliud tempus* (2).

Seguendo noi questi principii, abbiamo qui riconosciute e poste in classi le sole due eccezioni, la dilatoria, e la perentoria. E così facendo, crediamo di battere la strada sicura, e legale, segnata da tutti i classici autori sul proposito.

Quot sunt exceptionum genera? dimanda l'Ottomano, e risponde: *duo; nam aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales atque dilatoriae* (3).

Il Cujacio, nel riconoscere queste due sole eccezioni in prima classe, le spiega al senso del gius civile romano, e del gius canonico; e poi vi attacca una magistrale sua teoria. *Dilatoria negotium vulnerat, peremptoria interficit.* (4).

Il Duareno: *quaeri potest quomodo, et quando exceptionibus uti quis possit?* e parlando in generale di tutte le eccezioni, soggiugne: *et distinguendae sunt exceptiones peremptoriae, seu perpetuae, a dilatoriis et temporalibus* (5).

Il Donello: *exceptionum duo sunt genera: quaedam sunt temporales et dilatoriae, quaedam perpetuae et peremptoriae* (6). Ed in altro luogo: *Genera ergo exceptionum summa duo inde ducta: exceptionum enim quaedam peremptoriae sunt, quae et perpetuae, quaedam dilatoriae* (7).

Il Perezio: *Juris exceptiones, aut dilatoriae, temporalesve sunt, aut peremptoriae, et perpetuae; sic dictae,*

(1) Cic. de invent. lib. 1 et 27.
(2) Vin. ad § 11 Inst. de except. n. 1.
(3) Hotom. Partit. cap. 55.
(4) Cuiac. Ad tit. de dol. et contum. cap. V tom. 6 pag. 831.
(5) Duaren. in tit. Dig. de except. cap. 1.
(6) Donell. ad tit. Cod. de except. n. 12.
(7) Donell. lib. 22 cap. 2 n. 2.

quod hae rem, sive jus agentis, omnino perimant, illa vero tantum principale negotium, ejusdemque cognitionem ad tempus differunt (1).

Exceptionum, quibus reus ab actore impetitus in judicio se defendit, multiplex est et varia natura. Primum genus est mere dilatoriarum, quae opponuntur ad differendum judicium, non directo impugnantes actionem agentis: quasi per eas reus non directo velit negare, actorem fovere justitiam in causa principali, sed veluti quodam diverticulo procuret actorem morari, ac detinere, et in aliud tempus aut casum sententiam reiicere. . . . Secundum genus est exceptionum mere peremptoriarum, illarum videlicet, quae perimunt omne jus actoris, ut est exceptio non numeratae pecuniae, exceptio doli, exceptio metus, exceptio pacti de non petendo, et similes; Il Carlevalio: il quale attacca qui il terzo genere delle azioni *anomale o miste*, perchè è del gusto di coloro che ai tempi suoi l' ammettevano (2).

Il nostro insigne Roberto Maranta capo-scuola in materia di pratica civile: *Et super hoc sciendum est, quod exceptionum aliae dicuntur dilatoriae, et aliae dicuntur peremptoriae. Dilatoriae dicuntur illae, quae differunt causam, non tamen perimunt negotium principale . . . Exceptiones vero peremptoriae dicuntur illae, quae in totum perimunt jus agentis* (3).

Il Muscatello (4): *exceptiones aliae peremptoriae et perpetuae, aliae dilatoriae et temporales.*

Mentre poi tutti i scrittori fanno cotesta principal classificazione bimembre delle eccezioni, discendono a riconoscere, così sotto le perentorie, come sotto le dilatorie, varie altre specie loro subordinate, con che illustrano, ed esauriscono tutta la materia: e noi con lo stesso sistema anderemo innanzi nel presente Trattato.

Prima però di uscire da questo argomento, ci vien talento d' incaricarci di una osservazione, che ultimamente vedesi fatta in Francia dal sig. Duranton, e che ben molto ha colpito nell' animo dell' illustre pratico sig. Carré, sul conto

(1) Perez. ad tit. cod. de except. n. 11.
(2) Carleval. lib. 1 tit. 2 disp. V n. 2 5.
(3) Maranta part. VI de except. n. 1.
(4) Muscatell. gloss. dilatorias n. 1.

delle eccezioni dilatorie, e delle perentorie: *Situando*, dice Duranton, *tutte le eccezioni nella classe delle dilatorie, si è male a proposito confuso l'oggetto espresso, che risulta dalla dilazione data al pagamento (e noi aggiungiamo quella che proviene dalla garantia, e dal termine a fare l'inventario, e deliberare), con gli effetti necessarii, di talune eccezioni. In fatti colui che per esempio dimanda una cauzione allo straniero, domanda forse una dilazione come la dimanda colui il quale pretende che la sua obbligazione non è scaduta? Colui che propone una declinatoria osa forse dire, che sia per ottenere una dilazione, benchè sovente non abbia altro fine? Perciò noi non possiamo riguardare, come eccezioni dilatorie propriamente parlando, se non quelle, le quali hanno non solo per effetto indiretto, ma ancora per oggetto espresso di procurare al convenuto un certo tempo, per opporsi alla citazione, perchè non può rispondervi al momento, o perchè ha il diritto di godere di una qualche dilazione* (1).

Questa dottrina, come abbiam detto, è molto ben gustata dal signor Carré il quale crede con essa di riformare se stesso; per cui l'abbraccia, e la coltiva (2). A buon conto si vuol riconoscere in principio sicuro, che siano dilatorie soltanto quelle eccezioni, le quali espressamente, e non già indirettamente hanno in oggetto di differire il tempo, onde poter rispondere il reo all' atto di citazione. Ma, a nostro pensare, il tutto sempre ritorna alla cosa stessa. Se si crede che la eccezione è data a far ribattere, o a far differire l'atto di citazione, questa dottrina và in regola: se poi l'eccezione non ha in oggetto l'attò di citazione, ma l'azione che con questo atto si deduce, la dottrina non regge. E per le cose già dette, questa seconda posizione pare che sia più sicura.

Siegue il signor Duranton a discorrere sulle eccezioni perentorie; ed avverte, che esse, non già sempre, ma *d'ordinario* possono avere un'effetto perpetuò, *vale a dire, che rendono l'azione per sempre non ammissibile, come l'autorità della cosa giudicata, la prescrizione, ec. E con ragione* (egli soggiugne) *noi diciamo d'ordinario, perchè ci sono taluni casi, nei quali l'eccezione d'inammissibilità*

(1) Duranton al § 9 Inst. de except.
(2) Carré leg. proc. civ. not. 5 al lib. 2 part. 1.

non produce, che effetto temporaneo. Le leggi 2 e 9 in princ. D. de except. rei judic. 25 D. de obl. et act. ce ne offrono parecchi esempii; e l'art. 135 del cod. civ. un'altra ce ne somministra, decidendo, che chiunque reclama un diritto competente a persona, di cui si ignori l'esistenza, dovrà provare che la medesima persona esisteva quando si è fatto luogo a tale diritto, e che sino a quando non si faccia tal prova, la dimanda fosse dichiarata inammissibile. Lo stesso è stabilito pel caso della successione nell' articolo seguente. È chiaro, che la inammissibilità non è se non rispetto al presente, vale a dire, che non produrrà i suoi effetti, se non fino alla pruova voluta da questi testi, e fino a che la sentenza, la quale assolve dalla domanda non avrà acquistata, come nei casi ordinarii, autorità di cosa giudicata.

Ma di grazia, allorchè la legge definisce le eccezioni perentorie, suppone che siasi al caso, che esse perpetuamente escludano e rimuovano l'azione; ed è perciò che disse il Giureconsulto, che tali eccezioni: *semper locum habent, nec evitari possunt*. L. 3 D. de except. Il *semper* non ammette mai, che possa verificarsi un caso possibile, che le faccia vacillare; e non persuade che vi si aggiunga: *d'ordinario*. Dunque, subito che la eccezione non esclude, e non rimuove per sempre, ed immutabilmente l'azione, essa non è perentoria, e quindi resta fra le dilatorie. Quelle eccezioni, per le quali si dichiara non ammissibile in atto la dimanda, hanno l'aria di perentorie, ma sono mere dilatorie; ed è perciò, che nello stile di giudicare si usa la formola: *allo stato la dimanda non è ammissibile*.

Se non che siamo qui a dimanda. E che ha che fare la dimanda con l'azione? La eccezione che esclude *allo stato la dimanda*, secondo gli stessi principii del signor Carré, è *eccezione di procedura*. Ora la forza della eccezione è diretta ad escludere l'azione, lo replichiamo mille volte, e non già la dimanda. E non può mai avere il nome di perentoria quella eccezione, che si riduce a far sospendere soltanto la procedura; restando poi aperto il campo a potersi questa ripigliare, e darsi prosieguo di nuovo all'azione intentata.

SEZIONE QUINTA.

DEL TEMPO E DEL MODO, COME LE ECCEZIONI SI PRODUCONO IN GIUDIZIO.

Abbiam detto nell'art. 48, che *le eccezioni dilatorie per regola debbono essere prodotte in giudizio pria che il reo si difenda in merito, meno che non sorgano da una causa che posteriormente si appalesi. Vi sono delle dilatorie che si possono produrre in qualunque stato si ritrovi la causa*. Ed abbiam soggiunto nell'art. 49: *Tutte le eccezioni perentorie vanno legalmente prodotte in giudizio in ogni stato in cui la causa si ritrovi, sia in prima, sia in seconda istanza.* Nasce dunque ora la necessità di avvertire il modo ed il tempo, in cui le eccezioni debbono essere prodotte in giudizio; lo che riguarda la loro causa formale. Cominciamo dalle eccezioni dilatorie.

Ella è dottrina sicura, e forma regola costante in giurisprudenza, che tutte le eccezioni dilatorie debbano essere proposte pria che si radichi il giudizio, e si discenda all'esame della causa. E questa regola ha le sue basi in testi espressi di legge. *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet* (1). *Praescriptiones fori in principio litis a litigantibus opponendas esse, legum decrevit auctoritas* (2). Onde ebbe a dire l'Imperador Giuliano: *Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere, et ab hujusmodi opitulatione submotus, nihilominus perseveret, atque praeposterae defentioni institerit: unius librae auri condemnatione multetur* (3).

Il Gotifredo viene ad assegnar la ragione di questa regola, che dà norma alle eccezioni dilatorie, e si spiega nei seguenti termini: *Dilatoria exceptio ante litem contestatam opponenda. Peremptoriae judicii constituendi non sunt, sed constituti finiendi, dilatoriae vero constituendi. Constituto judicio, praepostere agitur de constituendo* (4).

(1) L. 19 Cod. de probat.
(2) L. 13 Cod. de except.
(3) L. 12 Cod. eod.
(4) Gotofr. ad dict. L. 13 Cod. de except.

E con più chiari dettagli il Cujacio. *In judiciis civilibus exceptiones dilatoriae, veluti exceptio fori, quae negat judicem esse competentem, vel exceptio procuratoria, quae negat procuratorem jure datum esse, vel exceptio, quae dicit non agi quo tempore vel loco agi oportet, et tempus differendum, locum, judicium, actorem mutandum, opponuntur initio litis contestandae, in ipso limine quaestionis, ut Symmachus loquitur* 1. *Epist. scribens de exceptione procuratoria, non post litem contestatam: et ratio haec est, quia heae exceptiones respiciunt ea quae judicium potissimum constituunt, cum quaeritur an justae et legitimae sint personae litigatorum, an judicis, an locus judicii, tempusve legitimum, quas Rhetores translationes vocant, quod ex earum propositione actio translationis et commutationis indigere videatur, et statuunt idem discrimen inter translationem et praescriptionem, quod non inter exceptionem peremptoriam, et dilatoriam. . . Quia vero dilatoriae exceptiones de constituendo judicio sunt, et personis, quibus judicia constant, plane necesse est ante judicium, aut in exordio judicii eas opponi, excuti, disceptari: quia iam constituto iudicio praepostere agitur de eo constituendo L. pen. Cod. de except. M. Tull. in Part. Ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio et paulo post* (1).

Adunque il tempo iniziale del giudizio, atto e destinato alle dilatorie, era detto quello che precedeva la contestazione della lite, o l'accompagnava, o almeno la susseguiva *incontinenti*, senza la interruzione di altro atto. *Et possunt opponi usque ad litis contestationem. Postea intelliguntur remissae. Nisi opponantur in ipso actu litis contestationis, vel incontinenti;* Il Galluppo (2). Ed il Carlevalio, che insieme con tutti gli altri scrittori sostiene la stessa teoria, è molto impegnato nel dimostrare cosa dovea intendersi per legge sotto la voce *incontinenti;* conchiudendo, ch'essa importava appunto la continuazione di un'atto attaccato immediatamente alla contestazione, che s'immedesimava quasi con essa, e ne formava un solo insieme. A ben intendere questa teoria, uopo è ricordare, che secondo i pretti principii del diritto romano, pria dell'atto della contestazione non

(1) Cuiac. observat. 18 34.
(2) Gallup. part. 2 cap. 5 n. 8.

Intanto i dottori volevano ritrovare nel processo un atto giuridico, che decisivamente palesasse di esser la causa ormai nello stato della contestazione. In altri termini volevano una dichiarazione del giudice, che pronunziasse di essersi già fatto il caso, in cui egli *causam audire incipiebat;* e ciò per non lasciar dubbii nel processo, e per camminar con sicurezza nel resto del giudizio. Ora su questo proposito noi qui nel nostro regno avevamo una regola particolare, tratta dalle nostre patrie leggi. Eravi la Pramm. *Post praedictas 7 de ordine judic.*, secondo la quale dopo gli atti introduttivi ed iniziativi del giudizio, s' impartiva il così detto termine *probatorio*, con le formole poi adottate, e conservate nel foro fino agli ultimi tempi: *In biduo audiantur partes — Infra quatuor dies audiantur partes.* E qui era fissato quel tempo, che per legge civile e per legge canonica trovavasi designato a far conoscere quando il giudice *causam audire incipiebat.* La contestazion della lite però non si aveva per perfetta con la sola impartizione del decreto suddetto; bensì con l' atto immediatamente posteriore ad esso, che lo susseguiva in ordine nel giudizio; lo che sarebbe *l'incontinenti* dimostrato dai dottori civilisti. Quest' atto era la citazione *ad testes*, che si spediva nella G. C. della Vicarìa, ed in tutti gli altri Tribunali del Regno; e l'atto della elezion dell'esaminatore, che particolarmente aveva luogo nel S. R. C. (1). Dopo questi atti, avendosi per contestato nella causa, non potevano più prodursi per regola le eccezioni dilatorie.

Oggi la contestazione della lite non è più conosciuta sotto questa denominazione; ma essa a buon conto vi è, perchè

civile, sul conto delle eccezioni dilatorie, che doveano precedere l'atto della contestazione. » Ai tempi del Pretore queste eccezioni erano di-
» scusse *in jure* avanti al magistrato: poi, tolta la differenza tra magi-
» strato e giudice, vennero esse a conoscersi dai giudici, ma sempre
» con l'obbligo di disbrigarsi prima della contestazione. Ed è da credere
» con fondamento che si cominciassero a chiamar *dilatorie* appunto
» quando, non potendosi più distinguere dal luogo e dalla persona del
» magistrato che le giudicava, bisognò, che s' indicassero con un nome
» particolare, che definiva la loro natura, essendo essa diretta a differire
» il giudizio. Certamente prima del tempo dei Cesari non si legge il
» nome di *dilatoria*. Cicerone chiamò queste eccezioni: *translutiones*
» *et judicii commutationes* (Cic. de invent 1 2). Nell' antico foro ro-
» mano esse andavano fra le *prescrizioni* ed i *pregiudizii*. Gajo fu il
» primo che le appellò *dilatorie*, ed egli visse sotto gl'Imperadori. »

(1) V. i nostri Pratici, e specialmente il de Rosa.

dopo introdotto il giudizio si arriva ad un punto, in cui il giudice *causam audire incipit;* e per le cose già esposte, egli è a dire, che giugnendosi a questo stato di causa, debbono aver fine per regola le eccezioni dilatorie. Ma quale è l'atto oggi che presenta l'antica contestazione della lite? Lo avverte il sig. Pigeau: *quando le qualità sono posate, cioè, quando è cominciato il contraddittorio; e questo si reputa principiato, quando le conclusioni sono state contraddittoriamente prese all' udienza, secondo l' art.* 43 *cod. di proc.* (1). Arrivatosi a questo punto secondo il Pigeau si reputa ora la causa nello stato di esser decisa, e quindi il Tribunale nel grado di conoscerla ed esaminarla; lo che importa la contestazione. Si senta anche Berriat-Saint-Prix: *Effetti delle conclusioni — Le conclusioni, oltre gli effetti indicati qui avanti, ne producono due notabilissimi, cioè che la causa si reputi in istato, e la sentenza in contraddittorio, quando esse sono state prese rispettivamente all'udienza.* Ed in altro luogo. *Una causa è in istato quando le arringhe sonosi incominciate, cioè a dire, quando le conclusioni sono state rispettivamente prese all' udienza* (2).

Ma questi autori non sono chiari e precisi abbastanza, onde far conoscere tutti i casi nei quali può aver luogo oggi la contestazione secondo i principii del nostro attual rito giudiziario. Vi sono i giudizii contraddittorii; vi sono i giudizii contumaciali; vi è il rimedio delle opposizioni; ed in tutti questi casi la contestazione va diversamente intesa ed applicata. Il signor Denisart nel suo articolo: *contestation en cause,* pronunziò assai bene tutte queste cose, e ne diede una spiega dotta e magistrale, che noi siamo qui obbligati di trascrivere per intiero, come quella che niente lascia a desiderare sul proposito.

(1) Pigeau lib. 2 part. 2 tit. 2 cap. 1.
(2) Berriat-Saint-Prix vol. 2 appendic. al tit. II n. III e sez. II tit. I.

« CONTESTATION EN CAUSE.

« § 1. *Définition, division.*

« La contestation en cause est un contrat judiciaire qui
« résulte d'un certain état de la procédure, après lequel
« les parties sont censées avoir consenti d'être jugées sur
« tel différent par tel juge.

« Si je consens à la demande formée contre moi, il n'y
« a point de contestation. De même si sur ma réponse le
« demandeur abandonne son action, tout débat cesse. Mais
« si après s'être expliqué entr'elles, les parties ne s'accor-
« dent pas; ou bien si l'une refuse à l'autre toute espèce
« d'explication, il faut que le juge prononce, et quand il a
« prononcé de quelque manière que ce soit, la contestation
« en cause est formée. La nécessité où le juge est de pro-
« noncer, est le fondement des obligations reciproques qui
« résultent de la contestation en cause.

« Il y a des moyens de défenses qui ne peuvent plus
« être proposés dès que la cause est contestée. C'est pour-
« quoi il est nécessaire de connoître précisément ce qui
« forme la contestation en cause. Pour cela il faut distin-
« guer les matières civiles et les matières criminelles.
« Nous allons en traiter séparément.

« § 2. *De la contestation en cause en matière civile.*

« 1. L'article 104 de la coutûme de Paris porte: conte-
« station en cause est, quand il y a réglement sur les de-
« mandes et défenses des parties, ou bien quand le défen-
« deur est défaillant, et débouté des défenses.

« L'usage des déboutés de défenses, dont parle cet ar-
« ticle, a été abrogé par l'ordonnance de 1667 tit. 5 art. 2.
« C'est pourquoi cette ordonnance tit. 14 art. 13 dit que
« la cause sera tenue pour contestée, par le premier régle-
« ment qui interviendra, après les défenses fournies, en-
« core qu'il n'ait pas été signifié.

« 2. Ainsi trois choses doivent essentiellement concourir
« pour former la contestation en cause, en matière civile,
« 1.° la demande de celui qui attaque 2.° la réponse du

« défendeur ; ou son refus de répondre ; 3.° la prononcia-
« tion d'un jugement quelconque.

« On conçoit assez la nécessité d'une demande judiciaire:
« sans cela il ne peut y avoir de procès.

« Il est également évident que le défendeur doit avoir
« fourni ses défenses, ou avoir été mis en demeure de les
« fournir, car autrement il n'y a pas de contradiction à la
« demande.

« Quand le défendeur a fourni ses défenses, la contesta-
« tion n'est qu'une controverse extrajudiciaire qui peut
« d'un moment à l'autre se terminer sans jugement; il faut
« donc, pour qu'elle soit la matière d'une cause, pour qu'el-
« le fasse précisément ce qu'on appelle, *conflictus utrius-*
« *que partis*, qu'il soit intervenu, un réglement quelcon-
« que qui constate que les parties ont un débat soumis à la
« décision du juge.

« 3. Si le premier jugement qui est rendu prononce dé-
« finitivement sur la demande, la cause se trouve jugée en
« même-temps que contestée ; mais souvent le premier ju-
« gement qui a lieu dans une affaire, n'est que préparatoi-
« re, et pour en rendre l'instruction plus complète. Tan-
« tôt c'est un appointement à mettre, ou en droit, tantôt
« c'est une sentence qui ordonne un délibéré, ou la vérifi-
« cation de certains faits, soit par témoins, soit autrement.

« D'autres fois c'est une descente de juge, une visite
« d'experts, une verification d'écriture, une estimation ou
« autre procédure d'instruction qui est ordonnée. En un
« mot quelque soit le premier jugement interlocutoire, il
« forme la contestation en cause. La disposition de l'article
« cité de l'ordonnance de 1667 n'en excepte aucun: en cela
« il est conforme au droit romain qui regardait une cause
« contestée, *cum judex per narrationem negotii causam*
« *audire coeperit*. Leg. 1 cod. de litis contest.

« 4. D'après cela il ne faut pas demander si un juge-
« ment par défaut rend la cause contestée. Le défendeur ne
« s'étant pas présenté dans le délai de l'assignation, ou n'a-
« yant pas fourni les défenses après s'être présenté, ou enfin
« ne s'étant pas trouvé à l'audience le jour indiqué pour plai-
« der, il n'est pas douteux qu'il résiste à la demande for-
« mée contre lui. En conséquence le défaut pris par le de-
« mandeur dans ces trois cas forme la contestation en cause.

« De même, si le demandeur après l'assignation donnée
« négligeait de se présenter, ou de faire la communication
« de ses titres requise par le défendeur, ou enfin de se
« trouver à l'audience au jour indiqué pour plaider, il se-
« rait censé ne pas adhérer aux défenses de la partie assi-
« gnée, et persister dans sa demande. Dès ce moment, le
« ministère du juge serait donc nécessaire, et par consé-
« quent le défaut pris par le défendeur dans ces trois cas
« formerait aussi la contestation en cause.

« Sur la forme de ces défauts, leur différence caractéri-
« stique, et leurs effets, voyez *Défaut*, et *Congé*.

« 5. Cependant, un jugement par défaut n'opère conte-
« station en cause, qu'autant que la partie défaillante ne
« le fait pas anéantir par une opposition. La contestation
« en cause n'a lieu alors, d'une manière incommutable,
« qu'après le premier jugement qui intervient sur l'oppo-
« sition. Si cet autre jugement était encore rendu par dé-
« faut contre la même partie défaillante, il n'en fixerait
« pas moins incommutablement la contestation en cause,
« puisqu'il n'y aurait plus lieu à une autre opposition.

« Mais supposons que le demandeur ait pris un premier
« défaut contre le défendeur; celui-ci forme opposition, et
« obtient à son tour un défaut contre le demandeur. Ce dé-
« faut, quoique le second de la cause, n'est pas le second
« contre la même partie; ce n'est que le premier rendu
« contre le demandeur. Si donc celui-ci forme son opposi-
« tion, la contestation en cause ne serait pas encore formée;
« elle n'aura lieu qu'après un troisième jugement quel-
« conque. Pour celui-là, peu importe qu'il soit par défaut,
« parce que ce serait un second défaut ou, autrement, un
« débouté d'opposition fatal contre l'une, ou contre l'autre
« des parties.

« 6. Souvent l'opposition d'une partie défaillante est
« reçue par un jugement. Ce jugement ne forme pas con-
« testation en cause: il n'a d'autre effet que de détruire le
« défaut. Cependant si le jugement qui reçoit l'opposition
« à un précédent jugement rendu par défaut, portait en
« outre quelque autre disposition; par exemple, *que les*
« *parties au principal en viendraient*, il formerait conte-
« station en cause.

« Pour ce qui concerne la forme des oppositions, et les

« jugements par défaut qui en sont susceptibles, voyez
« *Opposition aux jugements.*

« On ne doit pas douter qu'un jugement qui remet la
« cause à une autre audience, soit pour commencer la plai-
« doyerie, soit pour la continuer, ne suffise pour former la
« contestation en cause, la contradiction des deux parties
« sur l'objet de la demande, et la nécessité du ministère
« du juge pour les accorder, est assez évidente, puisqu'elles
« se sont présentées pour obtenir un jugement. Chenu en
« sa seconde Centurie quest. 196, rapporte un arrêt du 9
« janvier 1587 qui a jugé conformément à cette opinion
« commune à tous les praticiens, et confirmée par l'usage. »

Noi crediamo che questa classica dottrina del Denisart porga tutte le dilucidazioni necessarie, e sia oggi di norma sicura, onde conoscersi come e quando avvenga la contestazione nei giudizii civili. In tutti i casi adunque, ne' quali secondo gli esposti principii ha luogo tal contestazione in causa, dee dirsi che la legge mette il termine a potersi produrre per regola le eccezioni dilatorie.

Oltre a ciò le nostre leggi assegnano ora dei termini improrogabili, per talune particolari eccezioni dilatorie, dopo scorsi i quali non sono più esse ammissibili. E sotto questi due rapporti vengono ora in oggetto, fra le altre, le seguenti eccezioni dilatorie, che riguardano:

1. La cauzione *judicatum solvi*, che si può dimandare contra lo straniero, il quale si rende attore nei tribunali del regno: art. 17 LL. civ. 260 proced. civ. (1).

(1) Nel primo volume di questo nostro Trattato, e propriamente nella sezione 3 delle spiegazioni al cap. 2, venne da noi riferito un'arresto della Corte Suprema di giustizia sedente in Napoli, del dì 30 settembre 1831, col quale era deciso, che nelle cause penali, a differenza dei giudizii civili, gli esteri non erano tenuti a dar cauzioue *judicatum solvi*. Ma dopo la pubblicazione del detto primo volume venne poi fuora un Real rescritto del dì 4 aprile 1832, che risolvette l'affare in senso contrario; e quindi restò con esso annullata la massima che la Corte Suprema avea adottata. Ci facciamo ora il dovere di trascrivere qui il rescritto Sovrano.

» Ministero e Real Segreteria di Stato di grazia e giustizia — Ripar-
» timento: Affari penali.

» L'art. 17 delle leggi civili dispone, che in qualunque materia, esclusa
» quella di commercio, lo straniero che sia attore, sarà tenuto a dare
» cauzione sul pagamento delle spese, de' danni, ed interessi risultanti
» dalla lite, quando non possegga nel regno beni immobili sufficienti.

» È nato il dubbio se la cauzione ordinata dall'enunciato articolo

2. La declinatoria di Foro, e la rimessione delle cause da un Tribunale all'altro ai termini degli art. 262 e 263 proc. civ.

3. Le eccezioni tutte tendenti ad ottenere la nullità dell'atto della citazione, o di altro atto di procedura art. 267 proc. civ.

4. La comunicazione de'documenti, la quale debb'esser chiusa fra tre giorni dalla produzione, o dalla notificazione di essi art. 282 proc. civ.

5. La eccezione diretta a chiamare un terzo in garantia, dovendo farsi una tal dimanda fra otto giorni da quello della notificazione della dimanda principale art. 269 procedura civ.

6. La ricusazione de'giudici ai termini dell'articolo 475 proc. civ.

7. La eccezione del fidejussore, diretta ad ottenere, che il debitor principale sia preventivamente escusso sopra i suoi beni; dovendo questa eccezione venir proposta nei primi atti della causa, art. 1894 LL. civ.

8. La eccezione del beneficio della divisione, reclamato da un fidejussore contra altri confidejussori, articolo 1898 LL. civ.

9. Le eccezioni di ripulsa contra le persone dei testimoni, che debbono esser prodotte prima dell'esame, qualora non siano giustificate in iscritto, art. 365 377 proc. civ.

10. Le ricusazioni dei periti, per le quali è stabilito il termine di tre giorni dal dì della nomina, art. 402 403 proc. civ.

11. L'eccezione delle nullità dei pignoramenti degli atti di spropriazione forzata, art. 136 dell'ultima legge sull'oggetto.

12. Le dimande di connessità, o pendenza di lite per cause appartenenti a diverse camere, che debbono essere

» debba prestarsi dallo straniero nel solo caso che agisca in giudizio ci-
» vile, ovvero anche quando faccia da attore pe' danni ed interessi in
» giudizio penale?

» Nel Consiglio ordinario di Stato de' 30 Marzo ultimo Sua Maestà,
» prendendo in considerazione la parola, e lo spirito dell'articolo in
» esame, ha dichiarato che lo stesso comprenda indistintamente i giudi-
» zii civili, ed i giudizii penali, per quanto concerne gl'interessi civili
» delle parti offese. »

Nel Real nome lo partecipo alle SS. LL per l'adempimento — Napoli 4 Aprile 1832 — *Nicola Parisio.*

provocate tre giorni almeno prima, che sia portata all'udienza la causa, art. 230 del Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie; ed altro.

Le cose fin quì dette fanno regola in generale per le dilatorie. Questa regola però ammette due eccezioni, per le quali le dilatorie possono esser prodotte anche dopo la difesa in merito, ed in ogni stato di causa, a somiglianza di ciò che nel vecchio foro si praticava, dove queste tali eccezioni potevano esser prodotte anche dopo la contestazione della lite. 1.° La prima eccezione alla regola riguarda quelle dilatorie, che si scorgono e si appalesano dopo la contestazione della lite, oggi dopo le conclusioni contraddittorie, e la difesa in merito. 2.° La seconda eccezione riguarda talune particolari dilatorie, che per loro indole propria possono validamente esser proposte in giudizio in qualunque stato si ritrovi la causa.

I. In quanto alla prima eccezione alla regola egli è letteralmente detto nell'articolo 475 proc. civ., che l'eccezione dilatoria della ricusazione de' giudici si ammette anche dopo, che siano spirati i termini stabiliti a proporla, quando i motivi di essa siano sopraggiunti posteriormente. *Idem* per le ricusazioni dei periti: art. 402 proc. civ. Ed oltre a ciò, può accadere spesso, che le cause delle dilatorie sorgano cammin facendosi nel giudizio, e siano di natura tale, che rendano nullo il procedimento giudiziario. Gioacchino Oppio così scrive al proposito: *Sunt autem hae ipsae dilatoriae exceptiones regulariter ante litem contestatam et opponendae, et discutiendae, ac probandae . . . Quod quidem quantum ad exceptiones dilatorias processus, seu judicii simpliciter procedit; nisi ita sint comparatae, ut judicium ipso jure nullum reddant, ut v. gr. exceptio falsi procuratoris, sive deficientis mandati, L. Licet 24 Cod. de procurat. Aut post litem contestatam de novo emergant, utpote si judex tunc fiat suspectus, vel tunc demum in notitiam rei veniat, cap. Pastoralis 4 X h. t.; quod ultimum juramento asserendum per cap. ult. X. Qui matrim. accus. Aut denique gravamen contineat successivum, uti sunt exceptio loci non tuti, termini nimis angusti ec. ec. per cap. 47 X de appell.* (1).

(1) Hop. ad tit. instit. de except.

Lo stesso avea scritto l'Oldendorpio: *Uti sunt exceptio excommunicationis ecclesiasticae, vel Imperialis, falsi procuratoris, inepti libelli, et quaecumque ostendit judicium nullius esse momenti* (1).

Lo stesso disse il Cuiacio. *Possunt tamen dilatoriae etiam ex causa proficisci, veluti facti temporarii, quae ad exemplum perpetuarum procul dubio etiam post litem contestatam opponentur, ut vetus interpres quidam adnotavit ad L. 19 cod. de probat. Sed non illae, quibus agitur de judice, actore, reo procuratore constituendo, nec eis consimiles judicum recusationes, nisi forte post litem contestatam nova quaedam suspicionis causa supervenerit, ut jure pontificio est proditum, nec abhorret a jure civili* (2).

Certamente per lo falso procuratore è scritta al proposito la L. 94 Cod. *de procurator.*, dove per regola si dice che la eccezione dee essere proposta *in principio quaestionis*; ma si soggiugne, che può anche sopravvenire nel corso del giudizio, se allora *falsus procurator inveniatur*; per la ragione che in tal caso: *nec potest esse judicium*. Ed è marcabile la nota che appicca ivi il Gotifredo sulla teorica di Baldo: *judicio nullo praecluditur via exceptioni declinatoriae. Bald.*

Onde presso tutti i pratici è sempre invalsa la teoria, che si da luogo alle eccezioni dilatorie anche dopo la contestazione della lite: *si essent exceptiones post litis contestationem ortae*. Si vegga Giulio Cesare Galluppo, che ne reca le autorità (3).

II. L'altra eccezione alla regola nasce dalla indole particolare di talune dilatorie, che le rende producibili in giudizio in ogni stato in cui si ritrovi la causa. Queste sono quelle eccezioni che i pratici chiamavano anomale o sia miste. Si senta l'Oldendorpio: *quaedam exceptiones eduntur ante litis contestationem, ut dilatoriae, quaedam post litem contestatam, veluti peremptoriae, regulariter. . . . Quaedam denique singulari jure, tam ante, quam post litis contestationem possunt opponi: et propterea anomalae exceptiones appellantur. Ut exceptio excommunicationis ecclesiasticae vel imperialis, falsi procuratoris,*

(1) Oldendorp. Enchir. except. quotupl. sint except. n. 7.
(2) Cuiac. observ. 9 23.
(3) Ved Gallup. de except. dilat. n. 8.

inepti libelli et quaecumque ostendit judicium nullius esse momenti (1).

Di queste eccezioni anomale si praticava una diligente ricerca dai dottori antichi i quali le numeravano e le facevano ascendere a 44, ed anche più. Fra di esse però le più marcate erano l'eccezione della restituzion dell'accetto, quando volevasi venir contro alle solenni transazioni, e la eccezione della competenza: *deducto ne egeat vel ne inopia prematur* (2).

Oggi sono eccezioni dilatorie producibili in giudizio, per loro indole particolare in ogni stato di causa, le seguenti.

1. L'eccezione della incompetenza assoluta del giudice *ratione materiae* art. 264 proc. civ.

2. L'eccezione della mancanza di autorizzazione della donna maritata o del tutore, che istituiscono un azione, art. 204 a 217, e 387 388 LL. civ.

3. Idem per li corpi amministrativi art. 16 L. 21 Marzo 1827.

4. L'eccezione del falso incidente civile art. 309 proc. civ.; ed altre.

La differenza che passa fra queste due eccezioni alla regola sul conto delle dilatorie si è, che nella prima eccezione la causa della dilatoria dee sopraggiugnere, o almeno dee appalesarsi dopo la contestazione, oggi dopo le conclusioni contraddittorie e la difesa in merito. Nella seconda eccezione la causa della dilatoria è preesistente, perchè accompagna la sua indole e costituisce la sua natura, essendo capace a definirla *anomala* un tempo, oggi producibile in giudizio in ogni stato di causa. Il giudice, che si trova sospetto per causa che sopravviene, presta l'argomento alla eccezione del primo genere. La donna maritata, ed il tutore non autorizzati ad agire, somministrano l'esempio alla seconda.

Passiamo ora alle eccezioni perentorie. Per diritto romano era costantemente sicuro, che queste eccezioni potevano essere proposte in giudizio, così nel cominciar della lite, come nel prosieguo di essa, sia prima, sia dopo l'atto della contestazione. *Peremptorias exceptiones omissas in*

(1) Oldendorp. dict. loc.

(2) Ved. Carleval. lib. 1 tit. 2 disput. 5 n. 4 Gallup. part. 2 capit. V num. 22.

initio, antequam sententia feratur opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat (1). E lo stesso avea insegnato Ulpiano, parlando della perentoria eccezione del dolo (2). Per lo che gli Imperadori Onorio, e Teodosiano si espressero nei termini che queste tali eccezioni non aveano limiti ad essere proposte, e poteano aver luogo *quandoque* nei giudizj. *Praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit omissam, priusquam sententia feratur, obiicere quandoque licet* (3). E siccome il giudizio cammina, tanto in prima, in seconda istanza, così era anche sicuro per diritto romano, che queste eccezioni perentorie, allorchè si omettevano nel primo grado di giurisdizione, poteano essere anche in appello. *Exce tio autem peremptoria potest opponi etiam post litem contestatam, imo et quandoque post rem judicatam, si appellatum sit;* il Cuiacio (4).

Intanto mentre le eccezioni perentorie non erano per legge attaccate a forma alcuna e potevano indistintamente ed illimitatamente esser prodotte, gli scrittori del foro, già feraci inventori di vocaboli, e di metafisiche sottigliezze, aveano anche sul loro conto portate delle idee con le quali pretendevano farle distinguere, per lo modo come esse eran proposte nel giudizio. Aveano essi detto, che le perentorie, o almeno alcune di esse poteano venir fuora *in vim dilatoriarum, et in vim peremptoriarum:* e sotto questo doppio rapporto aveano anche ad esse applicata la qualità di *anomale, o miste;* per modo che queste tali eccezioni, così designate formavano per essi una terza specie di eccezioni, a somiglianza di ciò che nelle dilatorie si era praticato. Le eccezioni *transactionis, litis finitae, jurisiurandi, pacti de non petendo*, erano appunto fra le *anomale*, o *miste*, che nel doppio modo poteano figurare nel giudizio al senso già indicato (5).

La ragione della teoria era la seguente. Credevasi che le perentorie per aver forza di dilatorie doveano essere proposte *ante litis contestationem*, per contrario prodotte *post*

(1) L. 2 cod. sent. rescind. non poss.
(2) L. 3 § 3 D. de condict. ind.
(3) L. 8 cod. de except.
(4) Cujac. tom. 6 pag. 831.
(5) V. Carleval. lib. 1 tit. 2 disp. 5 n. 14 Muscatel. part. IV gloss. Et similia.

contestationem conservavano la forza ed il nome di perentorie. Si senta il Maranta: *Istae autem exceptiones litis finitae habent duplicem opponendi modum, quia sunt declinatoriae, et peremptoriae; et ideo quandoque opponuntur ante litem contestatam, quo casu impediunt litis ingressum, et judicii processum; et ideo declinatoriae dicuntur, quia judicium declinant. Quandoque vero opponuntur in vim peremptoriae, pro ut est quando opponuntur post litem contestatam, nam tum censentur oppositae ad merita causae, ut perimant jus agentis: et de hoc judex cognoscit in definitiva sententia* (1).

Nel caso in cui la perentoria *anomala* si producea *in vim dilatoriae*, dovea esser provata *incontinenti*, per impedire il prosieguo al giudizio; purchè essa però non avesse una indagine difficile, ed intrigata come fra gli altri dimostra il Carlevalio (2).

Ma il dubbio era nel misurare cotesta difficoltà ed a quali e quanti gradi potesse essa ascendere. Certamente niente dovea esservi di sicuro; e quindi le inventate denominazioni servivano anzi a fomentare novelle controversie, e portare maggiori difficoltà e lungherie nei giudizii. Lo avvertì bene a tempo Giovan Berardino Muscatello, scrittore ben sodo e di purgato giudizio, il quale malgrado che scrivesse quando la teoria anzidetta fervea nel foro, pure volle combatterla con i principii saldi della giurisprudenza. Egli chiamò questa dottrina dubbia e superstiziosa: *sed adverte, nam si ad practicam descendamus haec doctrina non erit sine scrupulo et superstitione . . . Propterea ego dicerem, semper tamen me submittens cujuslibet correptioni melius sentientis, ut iste modus opponendi secundum doctrinam dictorum Doctorum* (vale a dire quella che sosteneva la doppia produzione delle perentorie, *in vim dilatoriarum et in vim peremptoriarum non possit in actu practico deduci; sed tunc praedictae exceptiones litis finitae* (che sarebbero state tra le perentorie *anomale) sive ante, sive post litem contestatam opponantur, impedient processum ad ulteriora, juxta nostrum textum* (3). Ed è per ciò che il suo testo pratico mirabilmente da lui congegnato portava la se-

(1) Maranta de except. n. 15.
(2) Carleval. dict. loc. n. 16.
(3) Muscatello part. IV gloss. ulteriora n. 7.

guente particola: *Vel opponere potest exceptiones peremptorias. Scilicet exceptionem periurii, litis finitae, rei judicatae, transactionis, pacti de non petendo, et similia. Quae impediunt processum ad ulteriora. Exceptiones vero fori declinatoriae et dilatoriae opponi debent ante litem contestatam, scilicet ante dationem termini. Peremptoriae autem opponi possunt usque ad conclusionem* (1). Questo testo è preciso e legale, *et ipso Papiniano dignus*.

Per queste ragioni noi nel presente trattato, senza punto intrattenerci nelle antiche sottigliezze forensi, abbiamo ritenuto per principio sicuro che le perentorie, non lasciando giammai il loro nome e la loro natura, possono opporsi in ogni stato di causa, sia prima, sia dopo la difesa in merito. La perentoria al senso puro e semplice della legge sempre è tale, o si produce prima o dopo la contestazione della lite; e non cambia mai di nome: la sua forma è una, e sola, perchè parte dal principio, che queste eccezioni possono esser proposte *quandoque* nei giudizii. Anzi hanno esse luogo anche dopo la sentenza, ed anche in grado di appello.

E su questi sicuri principii di diritto appoggia la teoria fissata nello articolo 528 della procedura civile, dove è detto. *Nelle cause di appello non saranno proposte nuove dimande, meno che quando si tratti di compensazione, o che la nuova dimanda non abbia il carattere di una eccezione contra l'azion principale.*

Intanto prima di uscire da questo argomento che riguarda la causa formale dell'eccezioni, è opportuno qui il ricordare che per diritto Romano sotto il rapporto appunto del modo e del tempo in cui le eccezioni si producono in giudizio, alle volte esse si convertivano in *prescrizioni* ed alle volte in *pregiudizii*. Da noi fu data su di ciò una succinta idea nelle nostre *Memorie istoriche del processo civile*, seguendo le traccie specialmente di Giacomo Revardo nella sua dotta opera *de praejudiciis*. Ecco ciò che ne dicemmo.

« Ma siccome il pretore nel comporre il diritto avea pre-
« sente non meno l'azione, che l'eccezione, così la com-
« messa al giudice dovea portare apparecchiato egualmente
« quel diritto per l'una, che per l'altra. Or qui è da por

(1) Muscatello part. IV gloss. peremptorias.

« mente che in molti giudizii, tenendosi dietro appunto al-
« l'ordine della commessa, bisognava farsi un pregiudizio,
« o vero una prescrizione. L'eccezione, che dal reo si propo-
« neva, e dal pretore si accordava, non sempre era nei ter-
« mini di pura eccezione, da potersi esaminar col merito
« della causa principale. Poteva esser quella di natura tale,
« che meritasse una preventiva separata cognizione, perchè
« dalla decisione di essa dipendeva il doversi, o non do-
« versi tirare innanzi a proseguir la causa. Era questo il
« caso in cui dovea farsi un pregiudizio, cioè un giudizio
« innanzi giudizio. Per esempio, se si cercavano i frutti del
« fondo Tosculano, ed il reo convenuto opponeva per ec-
« cezione, che il fondo era suo, prima dovea decidersi della
« pertinenza del fondo, e poi si poteva parlare dei frutti.
« Il pretore adunque in questo caso accordava al petitore
« dei frutti il giudice, e dava fuora la commessa col: *si*,
« *pare fundi tusculani fructus deberi*; ma soggiungeva *si*
« *praejudicium fundo non fiat*. Il caso è del giureconsulto
« Africano nella L. 188 *de exceptionibus*. L'eccezione poi
« passava in *prescrizione* quante volte il reo provava prima
« dell'attore la sua incombenza. Nei giudizii di credito, e
« debito, a modo di esempio, l'attore cercava cento, e se il
« reo opponeva il patto *de non petendo*, allora tanto l'uno
« quanto l'altro impetravano dal pretore l'azione, e l'ecce-
« zione, ma l' azione era sospesa per quanto durava la co-
« gnizione della eccezione. E l' esito del giudizio era, che
« riuscendo il reo nella pruova dell'eccezione, il petitore
« era dalla sua azione rimosso. Or qui appunto l'eccezione
« era prescrizione, perchè *prius scribebatur*. E di qui na-
« scono quelle frasi, che si incontrano nel corpo del di-
« ritto, *praescriptione submoveri, praescriptione non re-*
« *moveri. (L. 12 D. de inof. test. L. penult. si libert. in-*
« *gen. esse dic. L. 1 Cod. de divers. temp. praescript.)* »

Oggi però queste cose nel foro non han bisogno di dottrine separate. Spiegandosi in generale il sistema delle eccezioni si conoscerà come e quando si fanno esse innanzi nei giudizii, e portano il pregiudizio all' azion principale dedotta.

Certamente i pregiudizii vanno nelle classi delle eccezioni: *Praejudicia sunt speciales exceptiones, quibus excluditur actio, hac ratione, quod futurae graviori actio-*

ni praejudicium fiat, quorum exempla sunt in L. 12 14 16 18 21 *hoc tit.* Il Gotofredo (1). Ed il Covarruvias: *Exceptiones praejudiciales continentur in genere dilatoriarum* (2). Il perchè noi, scrivendo delle dilatorie avremo occasione di parlarne spesso, e trattare questa materia dei pregiudizii nella maniera come ora essi si rendono esperibili nel foro.

SEZIONE SESTA.

DELLE REPLICHE, DELLE CONTRO-REPLICHE, E DELLE SCAMBIEVOLI DEDUZIONI CHE SI FANNO IN GIUDIZIO DALL'ATTORE, E DAL REO.

Siccome il reo si giova delle eccezioni per escludere l'azione contro di lui intentata, così l'attore può giovarsi delle repliche, per ribattere le eccezioni che contro di lui si propongono. Da qui è che le repliche degli attori presentano un'altra classe di eccezioni di genere diverso. *Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt. Quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obiicitur, ut exceptionem oppugnet* (3). E Paolo disse: *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio* (4). L'idea che se ne forma è comune, perchè tanto la eccezione quanto la replica non sono che atti *esclusivi*. *Illud tenendum est, omnem exceptionem, vel replicationem exclusoriam esse. Exceptio actorem excludit, replicatio reum* (5). E su questa legge ragiona l'Oldendorpio: *nam, sive a parte rei conventi obiiciatur actori, sive a parte actoris opponatur reo; semper censetur exceptio, et per consequens exclusio* (6).

Con la replica l'attore, mentre imprende ad escludere la eccezione, viene a confermare nel tempo stesso la sua ragione, nascente dall'azione dedotta. Onde la replica è definita dai dottori: *Secunda actoris allegatio, ad firmandam*

(1) Gotofr. ad tit. D. de except. et praeiudic.
(2) Covarruvias de praescript. part. prim.
(3) L. 2 § 1 D. de except.
(4) L. 22 § 1 D. eod.
(5) L. 1 § 2 D. eod. Ved. la L. 6 Cod. de except.
(6) Vinn. ad tit. Inst. de replic. in princ.

actionem suam, adversus exceptionem a reo oppositam.

In verità l'attore con la replica ha in oggetto principalmente di venire in soccorso dell'azione, e rinvigorirla, e sostenerla: *Ut scilicet sustineatur actio, quae per obiectam exceptionem videbatur exclusa, ac prorsus perempta;* il Minsingero (1). E siccome il reo porta in suo aiuto l'eccezione, così l'attore ritrova la sua risorsa nella replica che produce. *Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris* (2).

A buon conto nel modo stesso, che l'azione la quale in faccia alla legge si ravvisa giusta e ben fondata, può essere ribattuta ed esclusa dalla eccezione, così l'eccezione che sembra giusta e legale, può esser rimossa col benefizio della replica, che la legge ammette in soccorso dell'attore. *Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia collegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quae replicatio vocatur; quia per eam replicatur, atque resolvitur jus exceptionis;* l'Imperadore Giustiniano (3).

Ma la cosa può progredire più oltre. All'attore che replica può rispondere il reo in sostegno della opposta eccezione; ed allora è il caso della triplicazione. Più: l'attore può ripigliare di nuovo le sue difese in sostegno della replica, e così si arriva alla quadruplicazione. Il tutto fu rilevato da Giustiniano nel § 2 e 3 Inst. de replic.: e venne spiegato da Ulpiano: *sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus, et deinceps multiplicantur nomina: dum aut reus aut actor obiicit* (4). Ora tutte coteste replicazioni, triplicazioni, e così andando innanzi, si comprendono sotto il nome di eccezione. E la ragione è detta dal Minsingero: *Sub speciali nomine exceptionum comprehenduntur quoque replicationes, nec hoc solum, verum etiam duplicationes, triplicationes, quadruplicationes. Nam talibus nominibus distinguuntur potius vices, per quas inter actorem, et reum proferuntur, et retorquentur exceptiones, quam ut peculiares exceptionum species illis denotentur. Quare nomina quoque talium re-*

(1) Minsinger. ad tit. inst. de replicat. in princ.
(2) Vinn. ad tit. instit. de replicat.
(3) Princ. Inst. de replic.
(4) L. 2 § 3 D. de except.

plicationum pro ea vice, qua vel ab actore, vel a reo exceptio opponitur, multiplicantur (1).

Bisogna però convenire, che la legge romana proteggeva tutte cotcste succcssive ripigliate nei giudizii, che davano risorsc rispettivamente all' attore ed al reo convenuto, nel foro però non erano esse osservate per modo, che l'una dopo l'altra avessero dovuto aver luogo gradatamente. La replica dell' attore, e qualche contraria osservazione del reo che la susseguiva, era sostenuta prima della contestazione; ma non si soffriva poi, che si facesse una lunga perdita di tempo, aspettando di buon garbo, ed accogliendo quasi a suo luogo e tempo le *triplicazioni*, le *quadruplicazioni*, e così andando innanzi. Si senta il Vinnio: *Verum hanc licentiam posteritas merito refraenandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus, non tam explicet causam, quam implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem, nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi, et ad statum causae pertinentis facti allegationem* (2).

Nel nostro regno queste stesse teorie erano custodite. Dopo che il reo avea eccepito, si ammettevano le repliche dell' attore, ed anche le contrarie posizioni del reo, e poi si contestava la lite con la impartizione del termine, sia *ordinario*, sia *sommario*. Non era di remora al giudizio la facoltà data alle parti di triplicare e quadruplicare le loro eccezioni. Quanto esse potevano dire, e quanto era loro permesso di dedurre per escludersi, e ribattersi a vicenda, potevano farlo indistintamente e prima e dopo la impartizione del termine, con le così dette allora *istanze* ragionate, e con delle allegazioni in diritto ed in fatto. Anzi pria che si decidesse la causa erano le parti invitate a ciò dal giudice con la *monizione ad sententiam;* che traeva origine dal diritto canonico, ma forse dipendeva ancora da una legge dell'Imperador Costantino, il quale avea inculcato ai giudici, dopo che il processo erasi istruito: *utramque partem saepius interrogare, numquid novi addere desiderent* (3).

Non eravi dunque nel nostro foro tempo alcuno designa-

(1) Minsinger. dict. loc.
(2) Vinn. ad § 3 Inst. de replicat. n. 1. V. il Minsingero dict. loc.
(3) L. 9 Cod. de judic.

tamente stabilito, e dedicato alle triplicazioni, quadruplicazioni ec. ec.

Oggi questa materia è regolata dagli articoli 171 172 e seg. della proc. civ., unitamente a ciò che è scritto nell'art. 280 delle stesse leggi. Ed in forza del *regolamento per la disciplina giudiziaria*, anche dopo di essersi date le conclusioni all' udienza, non è impedito ora di allegare nuove ragioni, e dedurre altre eccezioni, nel modo però, e nel caso indicato dall'art. 286.

Intanto anche oggi qualunque cosa vengasi a dedurre, sia dal reo, eccependo in faccia all'azione dedotta, sia dall'attore replicando in seguito, e dal reo stesso difendendosi contra le repliche, il tutto viene indicato sotto il nome di *eccezioni* e di *difese*; per lo che noi nell'art. 50 di questo trattato abbiamo detto: *Sotto le eccezioni si comprendono eziandio le repliche, che presenta in giudizio l' attore in origine, le contro-repliche del reo convenuto; ed ogni altra ulteriore deduzione, che dall'attore, e dal reo si prosiegue a fare, per ribattersi, ed escludersi a vicenda.* Ogni cosa, che viene in contrasto nel corso del giudizio dopo l' azione dedotta, non porta che un' impegno diretto ad escludere la contraria posizione; e quindi per le cose già dette, non è che pura eccezione.

SEZIONE SETTIMA.

DELLE RICONVENZIONI.

Nelle eccezioni, prese in un senso più lato, si comprendono anche le riconvenzioni, che il reo convenuto può opporre in giudizio in faccia all'azione contro di lui proposta. Consentono in ciò tutti gli scrittori. *Reconventio, non proprie, sed large dicitur exceptio, quatenus reus se defendit, non dilatando judicium, nec excludendo intentionem actoris, sed petendo id quod sibi debetur, eodem tempore quo contra eum agitur, et in eodem judicio;* il nostro ben accurato Giuseppe Amendolia, che non lascia di fornire al solito la dottrina con le autorità di gravi autori (1). L'indole particolare di questa eccezione si è, che essa presenta un'a-

(1) Amendolia de except par. II tit. 24 quaest. 12.

zione reciproca, vicendevolmente proposta: *mutua actio mutua petitio ;* erano voci al proposito riconosciute, e consacrate dal diritto romano, e dal diritto canonico (1). Onde ben a proposito avverte il sig. Henrion: *vi è riconvenzione sempre che per eccezione ad una dimanda principale si opponga un'altra dimanda ugualmente principale* (2).

Và dunque la riconvenzione nelle classi delle eccezioni, non in quanto che con essa si combatta direttamente l'azione col fine di escluderla, o dilatarla, ma nel senso, che con essa resti l'azione attaccata indirettamente, per farla svanire, e per toglierle ogni effetto. Accade a buon conto in questo caso una compensazione tra il dedotto in principale per parte dell'attore, e ciò che dal reo viene ad eccepirsi con la dimanda riconvenzionale, controposta alla primitiva azione. Ed è sicuro, che ogni qualunque compensazione non altrimenti si deduce in giudizio che in forma di eccezione. Ora tutti i dottori ammettono che la riconvenzione sia una specie di compensazione, e che dove la seconda non ha luogo per legge, può il reo giovarsi della prima.

Non è già, che la compensazione debba confondersi con la riconvenzione, comechè tanto nell'una, quanto nell'altra la legge riconosca la vicendevole dimanda: *mutua petitio* (3). Queste cose sono state avvertite e ben dettagliate dai Dottori, i quali han dimostrato come la compensazione con la riconvenzione si riunisce, e come e dove dalla medesima si allontana. *Compensatio,* dice l'Ubero, *fit ipso jure non per actionem, vel exceptionem, ita ut effectum habeat antequam in judicio sit opposita L. 4 D. et C. de compensat. Reconventio est actio, quae non opposita nihil est, nec antequam opponatur quidquam operari potest. Inde est, quod compensatio tantum fit de rebus fungibilibus, quarum una prompte alterius vice fungi potest, absque inaequalitate, vel affectione, sicut etiam de liquidis non controversis debitis. Reconventio fit de quibuslibet rebus corporalibus, incorporalibus, liquidis aut controversis indistincte* (4).

Nella qual teoria è osservabile soltanto, che quantunque la compensazione si operi *ipso jure,* ed anche alla insaputa

(1) L. 11 § 1 D. de jurisdict. et L. 1 § ult. D. de extraord. cognit. L. 6 cod. de compensat. cap. 12 extra de mut. petit.
(2) Henrion. cap. 8.
(3) Dict. L. 6 cod. de compens. L. 1 § ult. D. de extraord. cognit.
(4) Huber. ad pandect. de quibus rebus ad eumdem judicem eatur n. 2.

delle parti, essa però per avere il pieno suo effetto, dee essere dedotta in giudizio per via di azione o per via di eccezione. Si senta il Toullier. *Non è dunque necessario di opporre la compensazione, se non per instruire il giudice di un fatto che egli non può indovinare; cioè che le due parti erano reciprocamente debitrici, e che per conseguenza i due debiti sono estinti; come si è nell' obbligo di opporre ed esibire la ricevuta a chi reclama il pagamento di un debito già soddisfatto. Ma si dice che la compensazione si opera di pieno diritto mercè la sola forza della legge, perchè la rispettiva estinzione dei due debiti non produce il suo effetto solamente dal giorno in cui la compensazione sia opposta in giudizio, o dichiarata dal giudice; ma dal giorno in cui le parti son divenute reciprocamente creditrici e debitrici l'una dell'altra* (1). Ed in verità la compensazione non è che un fatto; ed è risaputo; che tutto ciò che consiste in fatto, si dee allegare in giudizio (2).

Per la qual cosa questa teoria va meglio indicata nella maniera come lo stesso signor Toullier avvisa; cioè che la compensazione presenti due aspetti, ed abbia due specie ben diverse, *l' una che produce il suo effetto di pieno diritto*, ipso jure, *all'insaputa delle parti, ed anche loro malgrado, in ciò che concerne l'interesse dei terzi; e questo dal giorno in cui le parti son divenute scambievolmente debitrici; e può chiamarsi compensazione legale: L'altra, che non può produrre il suo effetto, se non per via di eccezione* exceptionis ope, *dal giorno in cui è stata opposta* (3).

La riconvenzione adunque per via di eccezione rende efficace nel giudizio la compensazione nel caso in cui questa seconda dalla legge non è pronunziata. Sono idee gradate e successive: dove non vi è luogo a compensazione, subentra la riconvenzione. Si ascolti il nostro Roberto Maranta: *Reus conventus in judicio habet duplex remedium repulsandi actorem. Primum est per viam compensationis. . . . Verum quia non semper datur sibi hoc remedium, quia ita demum habet locum compensatio, si debitum ex utraque parte sit liquidum. Secus si ex una parte tantum liquidum sit; vel*

(1) Toullier tom. 7 § 344.
(2) Ved. Eineccio ad pand. lib. 16 tit. 1 § 214.
(3) Toullier dict. loc. § 345.

si ex una parte debetur species, et ex alia quantitas: tunc enim non admittitur compensatio . . . In illis ergo sensibus in quibus cessat remedium compensationis, NECESSE EST REO recurrere ad secundum remedium, scilicet reconventionis; per quod plenius sibi consulitur (1).

In Francia la riconvenzione non era conosciuta nelle giurisdizioni laiche come assicura il Merlin (2). La ragione vedesi addotta nelle annotazioni fatte alla Teoria delle azioni e delle eccezioni proposte da quella Corte di cassazione, di cui abbiamo fatto spesso parola, dove sotto l'articolo 141 si legge così:

Sotto il vecchio governo che la riconvenzione in giurisdizion secolare non poteva darsi; e ciò per non pregiudicare alla giurisdizione dei feudatarii signori, come osserva Ferriere nella parola Riconvenzione: Denisart c'insegna, che questo principio era assai male osservato; e siccome non esistono più giurisdizioni patrimoniali, non si vede per qual ragione non si abbia ad ammettere in Francia la riconvenzione, come esiste nei Paesi bassi, in Olanda, ed in tutto il se tentrione, ed il mezzogiorno dell'Europa (3).

Il signor Toullier assicura lo stesso (4), dicendo: *La reconvention n'a lieu en cour laye*. E mentre assicura che questa disposizione fu conservata nell'articolo 75 della consuetudine di Parigi riformata nel 1510, soggiugne: *soltanto nella nuova riforma del* 1580 *la riconvenzione fu ammessa, ma con una modificazione degna di note*. « La riconvenzione non ha luogo, dice l'articolo 106, se non dipenda « dall'azione, e che la domanda sia risposta avverso l'azione « da prima intentata, o, come dice Loisel (lib. 5 tit. 11 reg. « 2) la riconvenzione non ha luogo, se non nella stessa « cosa, che forma l'oggetto del piato (5). » A buon conto si ammisero in Francia le riconvenzioni al senso in cui le introdusse Papiniano nella nota L. 14 *de sent. et interloc. omn. jud.*

Nella Sassonia, come assicurano l'Eineccio, e l'Ubero, anche furono ricevute le riconvenzioni limitatamente, ed in

(1) Maranta parte 4 an sit judic. convent. vel reconvent. n. 2 e 3.
(2) Merlin repertoir voix reconvention.
(3) Ved. la nota all'art. 141 del detto Trattato.
(4) Toullier tom. 7 § 357.
(5) Toullier dict. loc. § 358.

Novella 96: e nel diritto Canonico venne anche essa riconosciuta e confermata. Fece dunque la dottrina delle riconvenzioni un oggetto sicuro nella giurisprudenza insegnato da tutti i dottori e seguito dal foro. Ne scrissero appositamente Antonio Fabbro nelle sue *Congetture* al libro 20 l. 5 e seguenti; il Perezio al titolo del codice *de sent. et interl.* num. 20 e seguenti; il Voet al titolo *de judiciis* del digesto dal numero 78 in poi; l' Illigero al Donello in nota 11, ad lib. 17 cap. 18: E fra i pratici il nostro Maranta nella distin. 6 della *part. quart.*, il Carlevalio nella disputazione 7 del libro 1 tit. 2; ed altri. E con le elucubrazioni di questi scrittori trattatisti, e pratici restò bene illustrata tutta la materia. Fra i moderni ne hanno scritto in Francia il signor Henrion (1); e bene a lungo e dottamente al suo solito il signor Toullier (2). Noi di tutto dovremo in questo trattato occuparci allorchè esamineremo dettagliatamente gli articoli, nei quali essa verrà sviluppata secondo il nostro instituto.

(1) Henrion. cap. VIII.
(2) Toullier tom. 7 § 342 e seg.

CAPITOLO SECONDO.

DELLE VARIE SPECIE DELLE ECCEZIONI TEMPORALI, OSSIA DILATORIE.

Art. lii. Le eccezioni temporali, ossia dilatorie possono riguardare:

1. Il tribunale o il giudice, che dee conoscere della causa:

2. Le parti che sono in giudizio, e le qualità personali che vanno a spiegarvi:

3. Il modo e la forma, con cui il giudizio si è introdotto:

4. Il tempo, il modo, e la forma con cui il giudizio dee proseguirsi.

Art. liii. Le dilatorie che riguardano il tribunale o il giudice, sono quelle, che offrono:

1. La incompetenza del tribunale o del giudice innanzi a cui il giudizio si è introdotto:

2. La connessione che forse presenta la causa con qualche altra, introdotta già innanzi ad altro tribunale, o ad altro giudice:

3. La pendenza della lite, già mossa innanzi ad altro tribunale, o ad altro giudice:

4. La rimessione della causa di un tribunale ad un altro per motivo di parentela, o affinità:

5. La sospezione, ossia la ricusazione dei giudici:

6. La remissione della causa per motivo di pubblica sicurezza, o di legittima sospezione.

Art. liv. Le dilatorie che riguardano le parti

che sono in giudizio, e le loro qualità personali, possono avere in oggetto:

1. La legittimazione della persona dell'attore, sia che egli agisca a nome suo proprio con qualità aggiunta, sia che agisca a nome alieno:

2. La persona stessa dell'attore, se abbia egli incapacità a stare in giudizio, sia assoluta, sia a tempo definito:

3. La persona del reo convenuto, o perchè non ancora abbia indossate le qualità attribuitegli dall'attore; o perchè sia in atto impedito ad agire, ed incapace a stare in giudizio; o finalmente perchè possa egli riclamare il beneficio di un termine, che legalmente lo abiliti a far restare in sospeso il giudizio per qualche tempo; come sarebbe il termine a deliberare, o a fare l'inventario:

4. Più: l'eccezione con cui si nomina l'autore, che ha il vero interesse nella causa.

Art. lv. Le dilatorie che riguardano il modo, e la forma, con cui il giudizio si è introdotto, sono quelle, con le quali si può dedurre:

1. Che l'atto di citazione sia nullo ed inefficace per vizio di forma, o contenga altro vizio preveduto, e marcato dalla legge:

2. Che la dimanda contenuta nell'atto di citazione sia mal conceputa, viziosa, ed illegale:

3. Che non si trovi adempiuto all'atto di conciliazione in quelle cause, nelle quali questo atto è richiesto.

Art. lvi. Le dilatorie, che riguardano il tempo, il modo, e la forma, con cui il giudizio dee proseguirsi, sono:

1. Quelle con le quali si può dedurre la

brevità del termine disegnato nell'atto di citazione, o la non sufficienza del termine stesso :

2. Quelle che tendono a far rilevare l'azione prematuramente intentata prima del tempo che competeva :

3. Quelle che possono far correggere la procedura, rimovendo la causa dalla via sommaria, e rimettendola nella via ordinaria :

4. L'eccezione delle ferie :

5. L'eccezione con cui si dimanda la garentia , sia semplice , sia formale :

6. Le eccezioni con cui si reclama il beneficio della discussione :

7. Quelle che hanno in oggetto la comunicazione dei titoli .

8. L'eccezione del falso incidente civile.

SPIEGAZIONE DEL CAPITOLO SECONDO.

Gioacchino Oppio scrittore bene accurato pose in mappa con molta diligenza tutte le eccezioni dilatorie, distinguendole principalmente in due classi, e poi dividendole con sommo accorgimento nelle rispettive loro specie. Forse egli è stato poi di modello a qualche altro scrittore, precisamente fra i moderni, che si è impegnato a mettere in prospetto coteste azioni. Ecco tutta la sua dottrina sotto il tit. *de except.* delle Instituta.

PRIMA CLASSE.

Aliae processus seu judicii dilatoriae sunt, quae minime ad judicium constituendum pertinent.

SECONDA CLASSE.

Aliae caussae seu solutionis dilatoriae, quae nimirum merita caussae respiciunt; unde et anomalae ab aliquibus vocantur, quia scilicet non saltem litem differunt, sed caussam simul ipsam concernunt.

E quì ben si vede che in queste della seconda classe restano a maraviglia bene designate e definite le *anomale*, di che abbiam già parlato di sopra.

Specie della prima classe.

Hae iterum vel JUDICEM concernunt, ut sunt:

1. *Exceptio incompetentiae, qua forum judicis tanquam incompetentis declinatur, unde et exceptio fori dicitur.* L. fin. cod. de except.

2. *Exceptio praeventionis, qua forum judicis alias competentis ideo declinatur, quoniam reus super illa lite jam ab alio judice citatus.* L. 7 D. de judic.

3. *Exceptio litis pendentis, qua forum judicis alias competentis ideo declinatur, quoniam reus super illa re jam in alio judicio est litem contestatus* d. L. 7 et L. 15 D. *rem art. haber. Quae tamen exceptio hodie non differt ab exceptione praeventionis, cum litis pendentia nunc etiam*

fiat per solam citationem. Mynsing. cent. 4 observ. 26 Carpz. lib. 2 resp. 46.

4. *Exceptio primae instantiae, qua ille utitur, qui praetermisso judice inferiore coram superiore mox est conventus, contra cap. pervenit,* 13 caus. 11 qu. 1.

5. *Exceptio suspecti judicis, qua judex tanquam suspectus recusatur* L. 16 cod. de judic., *forsan ob vinculum consanguinitatis vel affinitatis cum altero litigantium, aut aliam ob justam suspicionis causam, qualis in genere est omnis illa, ob quam testes redditur suspectus. Vultei. de judic.* lib. 2 cap. 7 n. 213 etc.

Vel personas litigantium, easque, tum principales, videlicet, aut actorem quorsum spectant:

1. *Exceptio legitimationis, quae datur contra eum, qui alieno nomine, v. g. tutorio, curatorio etc. agit.*

2. *Exceptio non impetratae veniae, quae tamen hodie cessat prout supra dictum est ad* § 12 de act. etc.

Aut reum, ut sunt:

1. *Exceptio revocandi domum, quae datur legatis in loco legationis conventis* L. 2 § 3 de judic.

2. *Exceptio de non evocando etc.*

Aut utrumque, actorem et reum, quales sunt:

1. *Exceptio inhabilitatis, quod scilicet legitimam personam standi in judicio non habeant litigantes.* L. 1 Cod. qui legit. person. stand.

2. *Exceptio cautionis, de qua ad tit. de satisd. dictum.*

3. *Exceptio justi impedimenti, quae datur ei qui juste impeditus non potuit in judicio comparere.*

4. *Exceptio contumaciae etc.*

Tum accessorias, et quidem vel procuratoris quorsum pertinet:

1. *Exceptio inhabilitatis, qua quis utitur contra procuratorem inhabilem v. gr. militem, minorem, infamem, etc.* § ult. *inst. de except.*

2. *Exceptio mandati deficientis, quae datur contra procuratorem mandatum non habentem L.* 24 *cod. de procurat. Et alias etiam dicitur exceptio illegitimationis seu falsi procuratoris.*

3. *Exceptio mandati non sufficientis, seu effectu laborantis etc.*

Vel testes ut est exceptio testis suspecti etc.

Vel denique modum procedendi, utpote ratione citationis.

1. *Exceptio termini nimis angusti, intra quem quis non potuit se ad judicium praeparare.*

2. *Exceptio feriarum, si dies citationis in ferias inciderit.*

3. *Exceptio loci non tuti, non honesti etc. vid. Zanger. de except. p.* 2 *cap.* 5 *et seq.*

Ratione libelli, seu actionis in libello propositae.

1. *Exceptio ineptae cumulationis, si plures actiones incompatibiles in libello conjunctae. L. ult. cod. de ord. cognit.*

2. *Exceptio inepti aut obscuri libelli, auth. offeratur cod. de lit. contest. etc.*

3. *Exceptio praejudicialis, qua petitur ut prius de majori quaestione judicetur.* L. 16 et 18 D. h. t.

4. *Exceptio spolii, quae datur spoliato adversus spoliantem, ut ante omnia restituantur, c.* 2 *et ult. X de ordin. cognit. quae exceptio intra* 15 *dies est probanda, c.* 1 *de restitut. spoliat. in* 6.

Specie della seconda classe.

Aliae caussae seu solutionis dilatoriae quae nimirum merita caussae respiciunt: unde et anomalae ab aliquibus vocantur, quia scilicet non saltem litem differunt, sed caussam simul ipsam concernunt. Tales sunt:

1. *Exceptio plus petitionis, quae qualis sit, ex iis, quae super ad* § 33 *de act. habuimus, patet.*

2. *Exceptio pacti temporalis, seu de non petendo intra certum tempus, h.* § 10.

3. *Exceptio moratoria, seu quinquennalis, qua debitores, qui citra culpam facultatibus lapsi, rescripto Imperatoris ad certum tempus se defendunt contra suos creditores,* L. 2 cod. *de precib. Imper. offer.*

4. *Exceptio competentiae, de qua supra actum ad* § 37 *et* 38 *de act.*

5. *Exceptio subreptionis, et obreptionis, quae datur, si veritas in narratione omissa vel falsitas commissa vid. Unm. in Prec. disp.* 8 *th.* 7 *num.* 48.

6. *Exceptio excussionis, Carpz.p.* 1 *c.* 3 *def.* 17 *de qua vid. supra notat. ad* § 4 *de fidejussor.*

7. *Exceptio divisionis, de qua pariter vid. supra notat. d. l. Confer. Zanger. d. p.* 2 *c.* 16.

Su questi principii adunque, adattati all'attuale nostra legislazione, e sul sistema uniforme che ora si tiene dagli ultimi autori pratici che hanno scritto in materia, si sono qui da noi congegnati e messi in ordine gli articoli, che riguardano le eccezioni dilatorie dal numero 52 in avanti. Ricordiamo che le eccezioni dilatorie, ossia temporali non versano giammai su di ciò che forma il merito principale dell'azione dedotta, come abbiamo espresso nell'articolo 45. Queste eccezioni hanno luogo ordinariamente pria che il giudizio si costituisca, e prenda forma nel modo, onde poter essere ritualmente trattato e deciso. La loro indole è quella di portare a lungo per quanto è possibile, l'esame dell'azione dedotta; ed il loro scopo è diretto a metter sempre ritardo al giudizio che dee darle fine. Ora ogni giudizio consta di attore reo e giudice: ed in esso si discetta delle cose per le vie che addita il rito, e non per altre. Dunque tutte le eccezioni dilatorie, impegnate a prolungare la costituzion del giudizio, o possono riguardare le parti che vi assistono, o il giudice che vi figura, o il modo come il giudizio si è incamminato e dee proseguirsi. Ecco dunque che queste tali eccezioni vengono precisamente a riguardare gli oggetti, che portano alle seguenti quistioni, cioè: 1.° Dove debba nel giudizio agirsi, e chi debba giudicarne: 2.° Tra quali persone, e di quali caratteri rivestite il giudizio debba agitarsi: 3.° se il giudizio pecchi nel modo e nella forma con cui si è avviato: 4.° Quando, e come il giudizio debba proseguirsi. Il primo e principale esame è sempre quello di vedere dove il giudizio debba agitarsi, e chi debba esserne il giudice. Infatti nelle pandette di Giustiniano, dove nel titolo primo del libro quinto si comincia a parlare dei giudizii, ed a tesser la tela degli atti legali che lo formano, si comincia appunto dal titolo: *De judiciis et ubi quisque agere, vel conveniri debeat.*

Per queste ragioni dovendo noi trattare delle eccezioni temporali ossia dilatorie e metterle in mappa, facendone la principal ripartizione, le abbiamo esposte sotto quattro vedute nell'art. 52, cominciando dalla eccezione del foro.

« Art. 52. Le eccezioni temporali ossia dilatorie hanno
« in oggetto: 1.° il tribunale o il giudice che dee conoscere
« della causa: 2.° le parti che sono in giudizio, e le qua-
« lità personali che esse vanno a spiegarvi: 3.° il modo e
« la forma con cui il giudizio si è introdotto: 4.° il tempo
« il modo e la forma con cui il giudizio dee proseguirsi. »

Dopo questa generale classificazione siam poi discesi ai dettagli particolari di ognuna delle quattro specie che la compongono. Parliamo di tutto partitamente.

SEZIONE PRIMA.

DELLE ECCEZIONI DILATORIE, LE QUALI RIGUARDANO IL GIUDICE O IL TRIBUNALE, CHE DEE CONOSCERE DELLA CAUSA.

Due sono propriamente le eccezioni dilatorie, che possono direttamente riguardare il tribunale, o il giudice, innanzi a cui la causa si introduce. Vi è l'eccezione della incompetenza, ossia la declinatoria del foro, e vi è quella della sospezione, ossia della ricusazione dei giudici: *Quae duplices, incompetentiae, et recusationis;* l'Illigero, che raccoglie e reca in mezzo le autorità di tutti i pratici scrittori in materia (1). Oltre a queste vi sono anche altre eccezioni, che indirettamente vengono a riferirsi al giudice e lo impediscono a conoscere dell'affare; ma non vanno esse strettamente sotto la indicazione della incompetenza, sebbene producono l'effetto stesso di far declinare il foro, come da quì a poco avvertiremo. Questa eccezione poi della incompetenza, quando concorre con l'altra della ricusazione del giudice, secondo l'avviso dei più accurati scrittori, dee essere prodotta prima di essa, dovendo aver sempre il primo luogo nei giudizii. *Exceptio quidem declinatoria ante omnes, etiam ante suspicionem judicis, seu recusationem, proponenda. Nam suspicio judicis objecta, et recusatio videtur praesupponere judicem competentem, cum incompetens per ipsam declinatoriam faciliter, et sine ambagibus removeatur, non per recusationem quae plures solemnitates requirit;* Il Carlevalio (2). Ed il nostro Giuseppe Amendolia: *Et est proponenda* (declinatoria) *etiam ante*

(1) Hilliger. ad Donell. lib. 22 cap. 8 n. 4.
(2) Carlevalio de judic. tit. II disp. 5 n. 8.

judicis recusationem, etenim suspicio objecta praesupponit judicem competentem. Haec namque exceptio differt a recusatione: nam declinatoria tangit jurisdictionem et ipsam aufert: at suspicio dirigitur contra personam judicis (1).

Intanto, per conoscer bene la competenza del foro, fa d'uopo por mente prima di tutto alla giurisdizione dei magistrati, da cui la competenza è animata. Ora per i principii conosciuti dal diritto romano, cotesta giurisdizione avea tre regole, tratte dal luogo del giudizio, dalla natura delle cause, e dalle persone dei litiganti. Si senta il Donello: *Et omnis omnium sive magistratuum, sive judicum etiam qui jurisdictioni praesunt, jurisdictio tribus his rebus tamquam certis finibus circumscripta est; loco, in quo jus dicitur; caussis de quibus judicium est; et certis personis, a quibus et adversus quas agitur. Nam neque in omni loco jurisdictionem habet magistratus, neque eo loco semper in omnibus causis, neque in eodem loco et iisdem causis semper adversus omnes personas. Itaque qui noverit, quod sit territorium cujusque judicis, quae causae jurisdictioni ejus attributae, quae personae in quas illi sit jurisdictio; is quae sit cujusque judicis jurisdictio: et quod propositum est, et quis sit competens judex: simul quod forum competens; tum ubi quis agere vel conveniri debeat recte noverit. Atque his velut regionibus tota haec quaestio inclusa est* (2).

Ed i nostri pratici aggiugnevano che la incompetenza del giudice e del foro poteva riguardarsi sotto tre aspetti. *Judex incompetens tripliciter:* 1.° *ratione personae; ut infamis, surdus, mutus, advocatus ec. L.* 1 § *propter caus. D. de postul. L. coecus D. de judic.* 2.° *Ex qualitate causae; ut causa feudalis quae non potest a quovis judice cognosci:* 3.° *ratione personae rei vel actoris; nam clericus tantum coram ecclesiasticum convenitur. Cap. si dilegenti de for. compet.: et actor sequitur forum rei Cap. cum sit generale de for. compet.* (3).

Egli è poi ben noto che la competenza del foro nei giu-

(1) Amendolia de except. par. 2 tit. 24 quaest. 4.

(2) Donell. lib. 27 cap. 9 n. 4.

(3) Vedi Francesco Verde nelle addizioni al Galluppo tit. de except. declin. n. 99.

dizii si misura in faccia al reo, e non già in faccia all'attore. *Actor sequitur forum rei;* questa è la regola. *Juris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur* (1). E perciò disse Ulpiano: *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti haeredes domicilium habent* (2). Lo stesso per le cause di stato come rescrissero gl'imperadori Diocleziano e Massimiano nella *L.* 3 *cod. ubi caus. stat.* E non formano, che eccezioni a questa regola i casi particolari proposti nella *L.* 1 *e* 4 *cod. dict. tit.* (3). La regola però semprepiù è confermata dal classico responso di Paolo lib. 49 L. 3.

Le ragioni per cui il reo qui è considerato e non già l'attore, sono due. La prima è di convenienza, la seconda è di necessità. La convenienza porta, che la causa del reo sia sempre più riguardata e favorita, per le circostanze già prevedute ed espresse nella *L.* 25 *de reg. jur.* La necessità poi si scovre facilmente, subito che si riflette, che il reo dee essere convenuto innanzi a quel magistrato che può obbligarlo ed astringerlo; altrimenti i giudizii sarebbero elusorii.

Tre poi sono le fonti da cui per legge scaturisce ogni competenza dei magistrati nei giudizii. Lo insegnano tutti i dottori. 1.° *Domicilium*, 2.° *res sita*, 3.° *res gesta;* l'Ubero (4). Il domicilio, sempre signoreggia ed ha il primo luogo sotto il triplice suo aspetto, *reipublicae*, *originis*, *voluntatis;* lo stesso autore. E perciò si ritiene per massima che il domicilio presenti in generale l'idea della competenza in tutte le cause ed in tutte le azioni (5). La cosa sita si riguarda nelle azioni *in rem* singolari (6). Finalmente *res gesta* presenta e sostiene la competenza nei contratti e nei quasi-contratti, nei delitti e nei quasi-delitti (7).

Intanto oggi sono in piedi presso di noi i principii stessi, che guidano la competenza, per le regole stabilite nell'attuale nostra legislazione. Ved. art. 32 102 151 proced. civ. art. 495 rit. penal.

(1) L. 2 cod. de jurisd. omn. jud. L. 5 L. ult. cod. eod.
(2) L. 29 § 4 D. de inoff test.
(3) Vedi Pothier ad pand. tit. de judic. sect. 3 art. 1.
(4) Huber. ad pand. tit. de for. compet. n. 38 e seg.
(5) L. 1 2 de reb. auct. jud. possid.
(6) L. ult. cod. ubi in rem act.
(7) L. 36 D. de judic. L. 1 cod. ubi de ratiocin. agi oport. Ved. Ubero dict. loc. n. 53.

Tranne poi coteste regole generali, noi ora non riconosciamo più quelle teorie della competenza che nascevano dalle qualità personali dei litiganti o dalla loro professione, onde traevano essi il privilegio di riclamare il foro, e di ricorrere al particolar favore della legge, col quale essendo convenuti in giudizio, *trahebant, et non trahebantur.* Il nostro legislatore ha distinte soltanto nei giudizii, ed ha distaccate le cause riguardanti il contenzioso amministrativo, che ha affidate a magistrati particolari, e poi tutto il di più che appartiene all'esercizio della giurisdizione, senza distinzione alcuna, lo ha commesso in generale ai magistrati ordinarii, uguagliando così la condizione di tutti i cittadini in faccia alla legge. Il foro competente si misura costantemente ed universalmente da ciò che forma l'oggetto del giudizio, e dopo di essersi distinta la giurisdizione per territorio, si trovano destinati per tutto il regno i tribunali e le corti, dove con regole uniformi ed invariabili si agisce per le azioni reali, per le personali, e per le miste.

L'eccezione della competenza, trattandosi già della competenza relativa, e non dell'assoluta, dee esser proposta prima di ogni altra eccezione, e difesa in merito; altrimenti resta essa ricoverta e non più producibile in giudizio. Son principii questi conosciuti, e stabiliti dal gius romano. *Praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas* (1). Qui per lo foro va intesa la incompetenza del giudice: *Id est judicis incompetentis;* il Gotifredo. È poi ben degna di essere osservata al proposito un'autorità del nostro Maranta: *Exceptio respiciens personam judicis est exceptio declinatoria fori, seu incompetentiae; vel exceptio recusationis: et ista debet esse prima* (cioè quella della incompetenza) *quae opponitur ante omnes exceptiones L.* 13 *Cod. de except.; et ratio est, quia si alia prius opponeretur censeretur opponens interpellare judicem ut super alia pronuntiet: et sic induceret consensus in judicem, seu prorogatio, et non posset ulterius declarari nec recusari, secundum Bartholum et doctores in L. quidam consulebat D. de reg. jur.* (2).

Le nostre leggi sulla procedura civile su questi principii sanzionano la massima nell'art. 263, che la parte, la quale

(1) L. 13 cod. de except.
(2) Maranta de except. n. 2.

domanda di rimettersi la causa davanti i giudici competenti *dovrà fare questa istanza precedentemente a tutte le altre eccezioni e difese*. Certamente l' imperador Costantino nella L. 4 *Cod. de jurisdict. omn. judic., et de for. compet.* si espresse in questi termini: *nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen*. Ed è sicuro che per i principii delle stesse leggi romane dopo la contestazione della lite questa eccezione non avea più luogo; e supponendosi che si era già consentito nel giudice, ed accettato il giudizio, camminava la regola: *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* (1).

Le stesse nostre leggi sulla procedura civile parlano della *competenza giurisdizionale fra i giudici*, e vi consacrano il titolo 18 del libro 3; lo che corrisponde al *regolamento dei giudici* dei Francesi. Appartiene adunque alla eccezione dilatoria della incompetenza, che noi abbiamo qui messa sotto l'articolo 53 num. 1 anche questa, che la nostra procedura civile nel luogo additato tratta, e provvede. Il caso quì figurato si è, che una medesima quistione si porti nel tempo stesso innanzi a due, o più giudici di circondario, ovvero innanzi a due o più Tribunali civili, art. 455. Ora siccome in questo caso niuno dei giudici o dei Tribunali è abilitato a conoscere, e giudicare della sua competenza, escludendone gli altri, per lo principio, che *par in parem non habet imperium*, così la legge è intenta ad additare il modo come abbiasi a procedere, e chi debba giudicarne; dettagliando all'oggetto una pratica particolare, che sotto il detto titolo va espressa in varii articoli. Allorchè sorge l'eccezione della incompetenza innanzi ad un giudice per una controversia, non impegnata altrove, e per la quale egli soltanto è in funzione, la legge non esclude cotesto giudice dal giudicarne; anzi ve lo invita, essendo principio sicuro in giurisprudenza, che l' autorità del magistrato non dee essere vilipesa, e che egli debba conoscere: *an sua sit jurisdictio* (2). Il magistrato allora non giudica di se stesso, come accaderebbe quando è allegato per sospetto, ma giudica del foro a cui presiede, ed è a presumere, che egli non abbia parzialità alcuna, ed ingenuamente si pronunzii al

(1) L. 30 ubi acceptum D. de judiciis V. L. 1 Cod. de jurisdict. omn. judic.
(2) L. 5 D. de judic.

senso della legge. Ma non così allorchè la quistione nel medesimo tempo vien recata innanzi a giudici, o a Tribunali diversi. È stato qui saggio il legislatore a prevederne il caso, ed a provvedervi nel modo già indicato. La quistione intanto quì è di mera competenza, perchè la causa si esamina sotto il triplice rapporto, *domicilii, rei sitae, rei gestae;* che sono i termini precisi, e particolari, nei quali ogni quistione di competenza va sempre impegnata. Dal giudizio, risulta la dichiarazione della competenza di uno dei giudici, o dei Tribunali, che si ritrova adìto, abilitandosi a procedere; e la esclusione di tutti gli altri, sol perchè non si ritrovano competenti.

Finalmente vi è un altro caso, in cui credono i pratici che possa militare la eccezione della incompetenza, cioè quando l' attore nell' introdurre il giudizio non osserva i gradi di giurisdizione stabiliti dalla legge: la qual cosa avviene allorchè si porta di lancio innanzi al Tribunal civile un' affare, in cui era competente in prima istanza il regio giudice di circondario; ovvero si porta alla G. C. civile un' affare di competenza del Tribunal civile o del Tribunale di commercio (1). Noi crediamo bene che in questi casi non vi è ragione a sostenere la dimanda introdotta in prima istanza nel Tribunal civile, o nella gran corte civile per lo principio già conosciuto, e stabilito dal diritto romano, che non si può andare di salto, *omisso medio*, al giudice superiore, non curando il giudice inferiore (2). E poi vi sarebbe un' aperta violazione alla legge organica dell' ordine giudiziario del 29 maggio 1817 art. 54 55 105. Molto al proposito scrive qui il signor *Goubeau* nel suo erudito trattato delle eccezioni: *È costante* che *la gerarchia de' tribunali non è stata conceputa se non con la intenzione d' istituire dei giudici superiori, per riformare gli errori degl' inferiori: partendo da questo principio non vi è dubbio, che sarebbe togliere loro un dritto constitutivo e non riconoscere l' ordine delle giurisdizioni stabilito oggi nel regno, l' introdurre immediatamente nei tribunali di prima istanza le liti, delle quali debbono conoscere i giudici di circondario in primo grado, e nelle corti reali quelle che debbono decidersi primitivamente dai tribunali*

(1) Ved. Pigeau proc. civ. sez. 1 § 1 ed art. 3.
(2) L. 21 § 1 D. de appell. L. 4 Cod. de jurisd.

civili e di commercio, i quali sono tribunali di prima istanza. Quindi la legge da una parte ha fatto un dovere strettissimo ai magistrati nelle rispettive attribuzioni di rimettere innanzi a chi di ragione, quando i gradi di giurisdizione non sono stati osservati, e da un'altra parte ha offerto ai convenuti i mezzi da impedire la violazione dei gradi di giurisdizione a loro riguardo, dando loro la facoltà di declinare un tribunale che fosse stato investito della contestazione in pregiudizio di un' altro (1).

Tutto bene; ma sembra a noi che la declinatoria del foro che in questo caso può dimandarsi, a rigor di legge non vada strettamente compresa nella eccezione della incompetenza, e non ne formi una terza specie, come col signor *Pigeau* par che convenga ancora l' autore testè rapportato. La declinatoria del foro che spesso con la incompetenza si confonde, a rifletter bene, non nasce sempre dalla incompetenza del giudice. Ogni incompetenza porta declinatoria, ma non ogni declinatoria offre incompetenza. Il nostro arguto Giuseppe Amendolia lo fece ben capire, allorchè volle disegnare la differenza che per legge passa fra queste due cose. *Exceptio declinatoria fori differt ab exceptione incompetentiae fori. Nam forus declinatur cum judex citans habet saltem aliqualem jurisdictionem in citatum, ut M. C. V. et S. R. C. in omnes laicos regni, et Regia provincialis, audientia in subditos provinciae. Tunc enim citatus debet comparere et remissionem ad suum judicem petere competentem, et dicitur tunc forum declinare. At si judex citans non habet jurisdictionem in citatum, ut judex laicus respectu clerici, vel judex ecclesiasticus respectu laici in re mere profana, tunc citatus opponit judicis incompetentiam* (2).

Ora nel nostro sistema organico attuale egli è a distinguere fra i tribunali civili, considerati come tribunali di appello dalle sentenze dei regii giudici, e le gran corti civili. Per queste seconde vi è assoluta inabilità a potere esse conoscere delle cause in prima istanza: alla loro giurisdizione non si arriva se non dopo percorso il primo grado di

(1) Goubeau delle eccez. sez. 1 § 3.
(2) Amendolia de except. quaest. 4 n. 74.

giurisdizione innanzi ai tribunali civili, o ai tribunali di commercio, articolo 105 legge org. Ed esse sè si impadronissero delle cause senza avere questi assoluti e necessarii riguardi, oltrepasserebbero le loro attribuzioni, e meno per ragione di incompetenza che per abuso di potere, sarebbero riprensibili in faccia alla legge. Dove manca del tutto la giurisdizione, mal si adatta l'idea dell'incompetenza, che con la giurisdizione ha il suo rapporto; per la qual cosa l'eccezione che risulterebbe nel caso figurato dal procedere abusivo delle gran corti, sarebbe nei termini di eccesso di potere, e di aperta violazione di legge.

Ma per i tribunali civili la cosa va diversamente. Allorchè innanzi ad essi non si dimanda a tempo opportuno la rimessione della causa ai regii giudici, quando vi è luogo, essi procedono legalmente e validamente, e senza abusare di potere s'impadroniscono della causa. I regii giudici in faccia ai tribunali civili sono giudici di eccezione, delegati dalla legge ad affari certi e determinati; e qualora non si fa avvertire la loro limitata competenza, i tribunali civili procedono con la pienezza della giurisdizione territoriale che dalla legge stessa è loro affidata in tutte le cause reali personali e miste (1).

(1) In conferma di ciò che stiamo ora sostenendo, ci permettiamo di trascrivere qui alcune nostre osservazioni già pubblicate fin dal 1817 in una dissertazione da noi data allora alle stampe, col titolo *Riflessioni sulla legge organica dell'ordine giudiziario del dì 29 maggio 1817*, nella quale avemmo noi in oggetto di mettere in confronto questa legge con l'antico ordine di magistratura con essa abrogato, e farne risaltare l'utilità ed i vantaggi che se ne riportarono. Ecco ciò che noi dicemmo sotto gli articoli: *tribunali civili: e gran-corti civili.*

» *Tribunali civili.*

» *I tribunali civili giudicano in prima istanza tutte le cause perso-*
» *nali, reali, e miste, eccettuate quelle, che sono particolarmente attri-*
» *buite ai giudici di circondario, o ad altri tribunali. L'appellazione*
» *dalle sentenze dei giudici di circondario in materia civile, si apparter-*
» *rà ai tribunali in ultima istanza — Art.* 54 55.
» Eccoci a riconoscere un magistrato ordinario, che ha in commessa
» la giurisdizione a titolo primitivo, ed universale, e la esercita nel suo
» territorio. La potenza legislativa, e le diverse attribuzioni del potere
» esecutivo nei governi Monarchici si riuniscono, e riseggono eminente-
» mente nella persona del principe. L'autorità giudiziaria, che è tra le
» attribuzioni del potere esecutivo, si delega dal principe ai magistrati,

Posti dunque cotesti principii, che son sicuri, allora quando si chiede la rimessione della causa dai tribunali ai regii giudici, col disegno di percorrere il primo grado di giurisdizione, la eccezione che ne forma la dimanda non è d' incompetenza, perchè i tribunali sarebbero ben competenti, ma è mera e semplice declinatoria di foro.

» i quali, come suoi mandatarii, la esercitano, sino a che piaccia a lui, » che è il mandante. Questa autorità giudiziaria si compone dalla giuri- » sdizione, e dall'imperio, cioè dalla facoltà di conoscere, e giudicare, e » dalla facoltà di far eseguire. Quando adunque il principe a titolo pri- » mitivo ed universale delega il magistrato a giudicare tutte le cause ci- » vili per le azioni reali, personali, e miste, allora egli crea un magi- » strato ordinario, in cui tutta intera passa l'autorità giudiziaria, e con » essa il pieno esercizio della giurisdizione. Ora a conoscere siffatti ma- » gistrati ci invita la novella legge, allorchè ci propone i tribunali civili » della provincia. Questi tribunali esercitano l'autorità giudiziaria in tutta » la sua pienezza. Tutti i cittadini sono giustiziabili innanzi ad essi. » Tutti gli affari sono sotto le loro attribuzioni: essi hanno sopra tutti, » e da per tutto *vocationem, notionem, judicium, et executionem;* cioè » a dire hanno il dritto di chiamare innanzi a loro, di ordinare gli atti » d'istruzione, di decidere, e di fare eseguire il giudicato. In una parola » il tribunale civile della Provincia è il magistrato, che ha la giurisdi- » zione ordinaria nel territorio. In faccia a lui sono giudici di eccezio- » ne i giudici di circondario, ed i tribunali di commercio; i primi come » magistrati minori, delegati a certe particolari cause; i secondi come » giudici di semplice nozione dati dalla legge col fine di favorire il ra- » mo del commercio.

Gran-Corti civili.

» *Le gran-corti civili giudicano sulle sentenze appellabili, profferite* » *dagli arbitri, dai tribunali civili, e dai tribunali di commercio:* art. » 105. Alle corti adunque non si può arrivare, se non percorrendosi il » secondo grado di giurisdizione, cioè dopo subito il giudizio in prima » istanza. La loro giurisdizione non è che mediata, e devolutiva in caso » di appello: senza appello non si esercita: ed esercitandosi nelle cause » in grado di appello, finiscono queste in ultima istanza, ed inappella- » bilmente. Più: Le corti di appello, dice il presidente Henrion, hanno » la pienezza della autorità giudiziaria: la loro giurisdizione è universa- » le, ma essa non è immediata. Limitate negli affari, la cui conoscenza » è loro devoluta per la via dell'appello, vi sarebbe dalla parte loro ec- » cesso di potere, se esse si permettessero di decidere sopra di una di- » manda principale, che non avesse subito il primo grado di giurisdi- » zione. *Henrion de l'autor. jud. chap.* 15. Il sistema corrisponde per- » fettamente alle leggi romane, in quanto però alla giurisdizione non » immediata; essendo chiaro che per quelle leggi l'appello non era, che » una querela prodotta innanzi al giudice superiore per la ingiusta sen- » tenza riportata dal giudice inferiore. L. 1 art. 30 32. D. de appell. » Accadeva allora che il primo non s' impadroniva della causa, se non » dopo interposto l' appello.

Dopo l'eccezione della incompetenza seguono nel nostro art. 53 al num. 2 e 3 due altre eccezioni dilatorie, cioè quella della connessione delle cause, e quella della pendenza della lite; di che trattasi nelle nostre attuali leggi di proced. civ. art. 265, e nel regolamento ministeriale del 1828 art. 229, e seg. Queste due eccezioni mentre conducono a far declinare il foro, impedendo al giudice ordinario che conosca della causa, non sono nè anche esse eccezioni d'incompetenza. In queste eccezioni non si esamina *domicilium*, *res sita*, *res gesta*, che sono i tre precisi oggetti nei quali versa per legge ogni eccezione d'incompetenza, ma si hanno altre vedute relative alla natura ed all'oggetto della quistione altrove introdotta, alle persone che intervengono, ed allo stato in cui la causa si ritrova, per risolvere se debba o no giudicarne colui innanzi a cui l'azione si è introdotta. Parliamo di esse entrambe partitamente.

L'eccezione della connessione ha luogo quante volte la dimanda che si presenta è *talmente legata con quella prima promossa avanti ad un' altro tribunale, che il giudizio dell' una dee necessariamente influire su quello dell' altra :* Il Pigeau (1).

Nel diritto romano era classica la legge 10 Cod. de judic. *Nulli prorsus audientia praebeatur qui causae continentiam dividit, et ex beneficii prerogativa id quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare, poena ex officio judicis imminente ei, qui contra hanc supplicaverit sanctionem; atque alium super possessione, alium super principale quaestione judicem postulaverit.*

Il caso qui espresso, come ben si vede è dimostrativo, e non già tassativo. La legge volle dare un' esempio nella causa del possessorio, e del petitorio, che poi vedesi anche replicato in luoghi diversi (2); nè mancano nel digesto, e nel codice degli altri esempii per confermar la massima della necessità di riunire le cause, quando vi è connessione, *ne competentia causae dividatur.* Si trova fra l'altro ciò prescritto nella L. 1 D. *de quib. reb. ad eund. jud. eat.*, allorchè avviene, che si combinano in giudizio più consorti di lite: *si inter plures familiae erciscundae age-*

(1) Pigeau dict. loc.
(2) L. 13 Cod. de rei vind. L. 35 D. de adquir. poss.

tur, et inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eumdem judicem sumendum. E noi nel nostro antico foro su questi stessi principii avevamo il real dispaccio del dì 16 settembre 1749, col quale era prescritto, che trattandosi di eredi che avevano beni siti sotto diverse giurisdizioni, si dovesse agire innanzi ad un sol giudice superiore, il quale riuniva in se tutta la giurisdizione. Allora veramente queste cose poteano eseguirsi, perchè non vi era obbligo di percorrere il doppio grado di giurisdizione; si comminava con la regola della doppia conforme; ed i magistrati supremi non venivano impediti dal conoscere le cause in prima ed ultima istanza.

Nel foro odierno vi è fra i pratici il sig. Pigeau, il quale dà tre regole al proposito della connessione, che intitola *esempii*, e dice — *Esempio del primo caso; cioè qualora la prima domanda dee decidersi come una conseguenza della seconda — Esempio del secondo caso inverso del primo; cioè qualora la seconda dimanda dee esser decisa come una conseguenza della prima — Esempio del terzo caso; cioè qualora l'oggetto della seconda domanda è un accessorio dell'oggetto della prima.* Vi è qui molta dottrina, e molta esattezza.

Gli antichi dottori però, fra i quali Giasone dopo Baldo ampliarono più questa materia, con la scorta delle leggi romane, e la esposero nei seguenti termini — *Multis autem modis dicitur continentia causae. Et primo, ubi est identitas personarum, actionis, rei petitae. Secundo ubi est identitas personarum, et rei, licet non actionis, ut in petitorio et possessorio. Tertio, ubi est identitas personarum, et actionis, sed non rei, ut in actione tutelae et utili negotiorum gestione. Quarto, ubi est diversitas personarum, et rei, sed actionis identitas, quae ex uno, et eodem fonte procedit contra plures. Quinto, ubi est identitas actionis, et rei, sed personarum diversitas sicut est in duplicibus judiciis, ut probatur in d. L. nulli etc.* (1).

I nostri pratici con poche diversità, vi mettevano qualche altra specificazione. *Continentia causae pluribus modis occurrit, ut in causa plures species contineat, ut tutela, vel hereditas: vel ratione instantiae ut in L. ubi acce-*

(1) Matt. Afflict. dec. 354 n. 13.

ptum D. de judic.: vel ratione connexitatis, ut petitorium et possessorium : vel si plures sunt rei sub diversis judicibus : vel si a creditore petatur creditum sub judicibus, petendo partem coram uno, partem coram alio. Et ratione connexitatis, ne continentia causae dividatur, reus conventus in Regia Camera pro feudalibus, ibi etiam pro burgensaticis fuit conventus (1).

E con queste regole specialmente nel nostro antico foro si camminava, come è noto dalla classica decisione 354 di Matteo degli Afflitti, dove tutta questa materia è mirabilmente illustrata; essendo egli perciò citato con molto onore da Giacomo Gotifredo nel comento alla sopra rapportata L. 10. Il giudice qui che dee conoscere della connessione è il secondo che si adisce.

Nelle nostre leggi sulla procedura civile si danno molte disposizioni per sostenere la teoria della connessione di cui parliamo, *ne continentiae causae dividatur*. Vi sono gli articoli 151, e 275, nei quali si ha riguardo al caso in cui concorrono più collitiganti nello stesso giudizio; più gli articoli 265, 537, 539, e 546, dove si ha precisamente in mira il fondo della controversia ed il merito della causa: e finalmente sono osservabili gli art. 589, e 597 nei quali si parla del ricorso per annullamento e si stabilisce che la intiera causa della decisione annullata appartenga alla corte a cui si rimette, perchè non avvenga che due gran-corti civili provveggano simultaneamente sullo stesso oggetto.

Dalla eccezione della connessione è diversa l'altra della pendenza della lite che sussiegue nel numero 3 del nostro art. 53. La differenza fu ben marcata dal Muscatello nei seguenti termini: *Litis pendentia dicitur quando ex integro et essentialiter eamdem actionem cum suis annexis et connexis, ac dependentibus, sicut intentavi coram primo judice, volo intentare coram secundo. Sed quando dependentia vel connexa coram uno judice proponuntur et primordium actionis coram alio, tunc dicitur continentia dividi* (2). E qui corrisponde l'art. 265 delle nostre leggi sulla proc. civ. dove entrambe coteste eccezioni si comprendono. Ivi: *Qualora sia stata fatta precedentemente una dimanda per l'oggetto stesso avanti un' altro tribunale*,

(1) Amendolia de except. quaest. 6 n. 89.
(2) Ved. Amendolia dict. loc. n. 90.

ecco la pendenza della lite, *o qualora vi sia connessione di causa tra la lite promossa e quella veriente innanzi un tribunale diverso*, ecco la connessione. Nella pendenza della lite si dee verificare quello, che ha luogo nella eccezione della cosa giudicata, cioè che si tratti *de eadem re, inter easdem personas, et ex eadem causa,* secondo le regole stabilite dai giureconsulti romani nel digesto sotto il *tit. de except. rei judic.* (1), e secondo ciò che è scritto nell'art. 1305 delle leggi civili. A buon conto quella, che formerebbe eccezione di cosa giudicata se la lite pendente si trovasse decisa in ultima istanza, si converte in eccezione di *litipendenza*.

In questa eccezione non è necessario di trovarsi fatta la contestazione della lite nel giudizio, che pende: basta che veggasi introdotta l'azione con atto di citazione valevole ai termini della legge; tanto importa la voce *pendere*, come fu spiegato da Giustiniano nella L. 4 *cod. de litig.;* ed altrove (2). La sola esibizion del libello portava l'introduzione del giudizio, e la pendenza di esso; ed oggi è sufficiente a ciò l'atto di citazione, che a quella è rimasto surrogato.

Il tribunale, che dee conoscere di questa eccezione, e giudicare il rinvio della causa, qualora ci è luogo, è il tribunale appunto innanzi a cui si è portata la lite col mezzo dell'ultima citazione, come senza contraddizione è stabilito da tutti i pratici (3). E lo stesso vale nell'altra eccezione della connessione della causa, di cui testè abbiamo favellato. È anche comune a queste due eccezioni la massima di dover esse per regola venir proposte prima della contestazione della lite, oggi della difesa in merito, art. 266 proc. civ.; egualmante che accade nella eccezione dell'incompetenza, quando essa è *relativa*. Tutte e tre coteste eccezioni sono dilatorie, e quindi per loro indole vanno così prodotte in giudizio. Del resto sul conto della litipendenza si fa un'ottima osservazione dal signor Pigeau, che è la seguente: *Il reo convenuto è obbligato a proporre la declinatoria* (e qui intende parlare della pendenza della lite) *trattandosi in questo caso di un privato interesse; ma sicco-*

(1) Ved. la L. 3 et seqq D. de except. rei judic.
(2) L. pen. et ult. cod. de ann. except. Auth. litigiosa cod. de litig
(3) Ved. Pigeau dict. loc. § 2 Goubeau delle eccez. sez. 3 Carré art. 171.

me deve premere all'attore , in vece di due cause, averne una sola ; se il reo domanda la rimessione dopo essersi opposto sul merito, l'attore, che non vi ha interesse , non può farvi opposizione (1).

In quanto poi all' eccezion della connessione, questa con minore difficoltà può anche prodursi dopo la contestazion della lite, oggi la difesa in merito, quando siasi obliata nel primo ingresso al giudizio. Qui la legge imperiosamente comanda, *ne continentia causae dividatur*; e l'affare prende aria di pubblica ragione. Si senta Giuseppe Amendolia: *Haec autem exceptio , ne continentia causae dividatur , poterit opponi , etiam post litis contestationem , quia lex divisioni resistit, secundum Afflictum decis.* 354 *n.* 9 *quem defendit Muscatellus glos. Tribunali num.* 17 (2).

Siamo finalmente ai numeri 4, 5, 6, del nostro articolo 53, dove si trovano le altre eccezioni dilatorie, che riguardano la ricusa , e la sospezione dei tribunali e dei giudici. Noi fin dal principio di questa *sezione* osservammo , che tutte le dilatorie relative ai tribunali ed ai giudici si riducevano a buon conto a due classi , riguardanti , cioè la incompetenza , e la sospezione. Finora abbiam parlato della incompetenza, presa in senso diretto ed indiretto. Sieguono ora le ricuse, o le sospezioni.

Abbiam cominciato nel num. 4 dalla ricusazione che porta la *rimessione delle cause da un tribunale all' altro per motivo di parentela , o affinità* , seguendo l' ordine tenuto nelle leggi di procedura art. 460 , e seguenti. Questa ricusazione di un collegio intero, distaccando da esso la causa, e portandola ad un altro collegio, non era in uso presso di noi nel vecchio foro. La conoscemmo col codice di procedura francese , che fu provvisoriamente in vigore nel regno. Dessa è una ricusazione *straordinaria* , appunto perchè spoglia totalmente il tribunale della cognizione della causa , e la trasporta altrove. Gli scrittori francesi ne parlano a ribocco, e presentano l'origine di questa pratica , ed il suo progresso. Essi rimontano all' ordinanza del 1669 tit. 1 art. 2 , 4 ; più all'ordinanza del 1737, che dicono essere state adottate con qualche varietà nel codice di procedura art. 369 e seguenti. Checchesia intanto del modo come

(1) Pigeau Cap. 1 delle eccezioni art. 3 § 3.
(2) Amendolia de lit. pend. quaest. VI num. 92.

fu conceputo in Francia l'art. 368, il nostro articolo 460 è nei seguenti termini. *Allor quando fra i giudici di un tribunale civile una parte avrà due consanguinei o affini sino al quarto grado inclusivamente, o tre consanguinei, o affini nel grado stesso in una gran-corte civile; come pure, allora quando avrà un consanguineo nel suddetto grado fra i giudici nel tribunal civile o due nella gran-corte civile, e la parte stessa sarà membro di quel tribunale o di quella corte; la parte avversa potrà chiedere che sia rimessa la causa ad un'altro tribunale, o ad un'altra gran-corte civile.*

A buon conto, secondo il disposto in questo articolo la dimanda di rimessione non è, che una vera ricusazione straordinaria, la quale ha luogo contra qualunque tribunale, o corte, di cui una delle parti ha giusto motivo di temere che vi sia parzialità nel giudicare; e che la giustizia non resti salva: e differisce dalla ricusazione solita, ed ordinaria, mentre questa seconda non è diretta che contro uno o più giudici, e lascia l'affare nel medesimo collegio. Il signor Pigeau osserva qui al proposito. *La parte che ha un diritto di domandare la rimessione, potrebbe limitarsi ad escludere i giudici dei quali teme la parzialità, ma siccome il risentimento che proverebbero per tale esclusione unito ai motivi che hanno di favorire il suo avversario indurrebbe a sollecitare per lui presso i suoi colleghi, il partito più sicuro è di domandare la rimessione della causa ad un'altro tribunale.*

L'art. poi 461 segna il termine in cui questa rimessione debbe essere dimandata: ma ciò non esclude che anche dopo questo termine se ne accolga la domanda, quando la causa, su cui essa appoggia, sia posteriore, o posteriormente si appalesi; tratto argomento dall'art. 475 della procedura. Più: questa dimanda può anche farsi dal pubblico ministero, quando esso è parte aggiunta nella causa, ai termini dell'art. 474.

Per quello che appartiene poi alla ricusazione ordinaria dei giudici, per la quale è scritto il titolo XX del libro III della procedura civile, noi non ci discostiamo dal diritto romano, e da ciò che nell'antico nostro foro praticavasi. *Apertissimi juris est, licere litigatoribus judices delega-*

tos, antequam lis inchoetur, recusare (1). Noi avevamo la prammatica 1 et 16 *de suspic. offic.* sullo stesso oggetto; ed era stabilito che nei tribunali collegiati la ricusa si proponesse innanzi ad essi stessi, negli altri tribunali non collegiati si proponesse innanzi ai magistrati superiori, essendo prescritto un rito particolare che regolava questi giudizii. Dalla sentenza quindi che o ammetteva o rigettava la ricusa, non vi era appello, nè altro rimedio legale straordinario (2). Sostenevano però i dottori che il terzo veniente in causa ed ammesso nel suo interesse, poteva appellare, per la ragione scritta nel diritto canonico, cioè che la proibizione di appellare non si estende alle persone non espresse cap. *super eo de off. deleg.* (3).

Le cause che sostenevano la ricusa presso di noi erano tratte dal gius civile. dal diritto canonico, e più dalle regie prammatiche, che con molta particolarità vi aveano provveduto; e se ne contavano fino a 14. Esse erano: *I. Inimicitia inter judicem et litigatorem: II. Si judex omisit partem litigantem salutare* (quando però era solito a farlo) *vel resalutare, si illum vidit, et poterit judex jurare quod illum non vidit: III. Si lis vertatur inter judicem et litigatorem, et causa sit magnae importantiae, ita quod inducat inimicitiam capitalem, et haec causa extenditur ad successores et conjunctos, usque ad secundum gradum: IV. De jure canonico in foro ecclesiastico judex, a cujus sententia appellatum fuit, remanet suspectus in aliis causis appellantis durante appellatione: V. Licet judex semel in una causa suspectus, talis remanet in omnibus causis recusantis, etiam si recusans consensuit ut interveniat: VI. Judex habens causam similem causae in qua debet judicare est suspectus, quia non judicabit nisi prout vellet judicari: VII. Advocatus nunquam in eadem causa, in qua advocatus, potest esse judex, etiam partibus consentientibus: VIII. Judex commensalis cum parte vel quod alias hospitatus fuerit in domo litigantium, est suspectus: IX. Conjunctus, sive per consanguinitatem sive per affi-*

(1) L. 16 cod. de judic.
(2) Pram. 9 et 11 de appel. pram. 15 § 23 de suspic offic.
(3) Ved. il reg. Petra sul rito 265, ed Amendolia de jud. suspect n. 80 et 118.

nitatem est suspectus judicare in causa conjuncti : X. In causa propria nemo judicare potest etiam Rex vel Imperator : XI. Judex imperitus, si causa magna est, et continet subtilitatem, redditur suspectus, quia repugnat causa subtilis cum Doctore grosso: XII. Judex propalans suum votum, puniatur : XIII. Judex a parte nominatim impetratus, ut suspectus recusari valet ab altera : XIV. Compaternitas quae nascitur ex Baptismo, sive ex Confirmatione inter baptizatum et confirmatum, et pationes, et alias personas contrahentes cognationem spiritualem ex Sacr. Conc. Trid. Sess. 24 Cap. 2 est justa causa recusandi judicem : Giuseppe Amendolia (1).

Di tutti questi motivi di ricusa, se si tolgono il secondo ed il quinto, che hanno pochissima ragione, oltre all' undecimo che è notoriamente inetto e indecente, tutti gli altri restano bene efficaci e conducenti all'oggetto. Specialmente sembra assai ben fondato il motivo quattordicesimo, il quale per altro ha la sua autorità nel Sacro Concilio di Trento; mentre la compaternità, nascente sia dal santo Battesimo, sia dal sagramento della Confermazione, che porta una parentela spirituale fra di noi, par che sia un giusto impedimento al giudice di astenersi, o dia un giusto motivo alla parte avversa di reclamare.

Ma qualunque cosa abbia avuto luogo nel vecchio foro, certamente oggi queste cause di sospezione, ossia di ricusazione ordinaria dei giudici, noi le abbiamo specificatamente dettagliate e prescritte nell'attuale procedura civile, fino al numero di 11 sotto l'articolo 470; e quindi oltre a ciò che la legge tassativamente prescrive, non è permesso di pensare ad altro.

Alla fine di questo articolo 53 che stiamo spiegando abbiam parlato sotto il numero 6 della rimessione delle cause per motivo di pubblica sicurezza, o di sospezione legittima, mettendola fra le eccezioni dilatorie. Confessiamo intanto di non esservi alcuno degli scrittori pratici odierni, che serbi in ciò il nostro sistema: ma per noi sta, che nella dimanda di questa rimessione di cause si contenga una mera eccezione dilatoria della natura di quelle che ora trattiamo; nel senso però che in quanto alla sospezione legit-

(1) Amendolia de judic. susp quaest. 3 n. 24 a 77.

tima, il reo che la eccepisce può istruire il processo, conchiudere, ed assistere per la decisione; in quanto poi alla pubblica sicurezza, egli, dopo averla proclamata, non è abilitato a far altro; rimanendo tutto il di più alla cura ed alla diligenza di coloro, che la legge mette per custodi e promotori della sicurezza pubblica.

Noi nell'antico nostro foro non conoscevamo queste specie di ricuse nelle forme ora prescritte: sapevamo soltanto i motivi di ricusa particolari per uno o più giudici dell' istesso collegio, ma non avevamo i mezzi onde ottenere il rinvio della causa da un collegio all' altro. Solamente per la sospezione legittima avevamo un rastro di ciò, che ora si pratica nella *L. unic. cod. quand. Imp. inter pupill. et vid.* E nel nostro diritto patrio che vi corrispondea (1); mentre presso di noi le vedove i pupilli e tutte le persone miserabili, dopo aver dato il giuramento, *se perhorrescere potentiam adversarii,* declinavano le giurisdizioni ordinarie baronali, e tutte le altre locali, ed andavano di salto nella gran-corte della Vicarìa o nelle regie udienze provinciali a sperimentare in giudizio le loro ragioni. Ma per lo rinvio nascente dalla sicurezza pubblica non avevamo affatto idea, nè stabilimento alcuno nel diritto comune o nel diritto patrio.

Nella legge organica dell'ordine giudiziario dei 29 Maggio 1817 si fa ora parola della sicurezza pubblica e della sospezione legittima sotto l' articolo 133, dove è detto: *La corte suprema pronunzierà ancora sulle dimande di rimessione di cause da uno ad altro tribunale o corte, per motivo di sicurezza pubblica o di legittima sospezione.* E la medesima sanzione si ritrova nell'articolo 135 della legge organica dei 7 Giugno 1819 per i dominii oltre il Faro. E non vi ha dubbio che queste disposizioni organiche siano adattabili così ai giudizii penali come ai giudizii civili. Ciò è nella natura, e nella indole della cosa; ed è anche confermato dalla giurisprudenza ricevuta, e dai giudicati che si trovano emessi; quantunque sia ben evidente, che nei giudizii penali si manifestino più spesso, e più facilmente i motivi nascenti dalla sicurezza pubblica, siccome nei giu-

(1) Vedi la costituzione *statuimus de off. mag. instit.* ed i riti 230 231 233 della G. C. della Vicaria.

dizii civili più volentieri si affacciano i motivi della sospezione legittima.

Intanto per i giudizii penali questa materia della rimessione per motivi di sicurezza pubblica è trattata con molta distinzione nella procedura dall'articolo 511 in avanti, cominciandosi dal dire: *art.* 511. *La rimessione per motivo di sicurezza pubblica non può essere in alcun caso promossa che dai soli ufiziali pubblici, secondo le regole fissate negli articoli seguenti. Le parti non potranno prendervi alcuna ingerenza: se presenteranno qualche memoria, questa servirà di solo rischiarimento e sarà inserita nel processo.* Ma nelle leggi della procedura civile di questa materia non si fa motto alcuno; siccome, tanto nell'una quanto nell'altra procedura si serba perfetto silenzio sull'altro motivo di rimessione nascente dalla sospezione legittima, che è compreso nel rapportato articolo della legge organica.

Mancano dunque nella nostra legislazione le idee, e le definizioni corrispondenti a questi due motivi di rimessione di cause, comuni ai giudizii civili ed ai giudizii penali; mentre poi vi è la legge organica che li suppone esistenti, ed in pieno esercizio. Noi intanto crediamo che l'una e l'altra di queste rimessioni non fanno, che presentar l'idea di una straordinaria ricusazione dei giudici dell'intero collegio dove essi seggono: la prima nell'interesse dei privati e nel rapporto individuale riguardo alle parti litiganti, che temono di non trovare imparzialità nel giudizio: la seconda nell'interesse pubblico sotto il rapporto generale riguardo alla società, sul sospetto che nel giudizio possa trovarsi in cimento l'ordine pubblico.

Queste idee sorgono naturalmente da ciò, che si trova sparsamente detto in Francia sulla materia, e da ciò che presso di noi si è praticato dopo che essa è stata conosciuta.

In Francia, i signori Jousse e Pothier assicurano che potea ricusarsi un tribunale intiero se la parte intimata fosse in lite con lo stesso tribunale, e citano il decreto del 23 Febbrajo 1768, riportato nel giornale delle udienze tomo 5; e Pothier si rimette anche al processo verbale dell'ordinanza del 1657 pag. 341 edizione del 1721. Tutto questo è detto in una delle note fatte al signor Pigeau (1); il

(1) Not. 24 al tom. 3 tit. IV Cap. V.

quale autore sopra questo oggetto scrive così. *Il titolo* 20 *del libro* 11 *del codice di procedura civile è intitolato.* Della rimessione ad un altro tribunale per causa di parentela o di affinità, *e l' articolo* 368 *che ne fa parte, non si occupa che di questo argomento. Sembra dunque a prima vista che il codice non abbia voluto permettere la rimessione ad un altro tribunale se non per un tal motivo. Non ostante sembra necessario, che le altre cagioni di ricusazione che rendono ugualmente il giudice sospetto di parzialità, diano luogo alla rimessione della causa ad un altro tribunale. Di fatti la parte che trova fra i suoi giudici quello che ha sollecitato pel suo avversario, quello che è stato suo consulente o suo donatario, ha dei timori tutti ben fondati, e forse anche maggiori che se ella vi contasse due parenti o affini del suo avversario. Perciò l' oratore del governo che ha presentato al corpo legislativo il titolo della rimessione, ha detto presentando ancora quello della ricusazione, che se non doveasi avere alcuno riguardo ai timori immaginarii di un litigante, sempre disposto all' inquietudine, non doveansi neppur disprezzare in simil guisa le apprensioni che aver poteano un qualche fondamento. Si può dunque chiedere la rimessione ad un altro tribunale eziandio per un altra causa, che per parentela o per affinità* (1).

Secondo i principii del Pigeau, l' idea del legittimo sospetto nell'interesse individuale delle parti si ammette; ed in quanto all' effetto si fa comune alle idee che nascono dalla parentela o affinità. Egli cita poco appresso ancora la costituzione dall' anno 8 art. 63, la quale attribuisce alla Corte di Cassazione la cognizione appunto della istanza di rimessione ad un'altro tribunale per causa di sospetto legittimo. E qui è che il suo annotatore lo corregge in quanto alla competenza della Corte di cassazione, sostenendo intanto la teoria, e poi soggiugne: *Questo è il sistema adottato dalla Corte di cassazione, e che si vede dettagliato nella decisione della Corte d'appello di Firenze de' 5 maggio* 1809, *emanato dietro le conclusioni del pubblico ministero, che mostrano che il* renvoi *è in sostanza una ricusazione di un tribunale intero; che sebbene il codice al*

(1) Pigeau tom. 3 tit. IV Cap. VI.

titolo 20 del libro 2 non sia intitolato che della rimessione ad un altro tribunale per parentela o affinità, pure anche per le altre cause di sospetto, o interesse si da luogo al renvoi (1).

A buon conto secondo queste autorità il titolo 20 del libro 2 del codice di procedura in Francia, che parla del legittimo sospetto, si va ad ampliare, ed oltre a ciò che esprime per causa di parentela o affinità, si estende anche ad altre cause che portano il sospetto medesimo. Una è dunque la sospezione legittima, detta così perchè è interamente creata dalla legge, e questa poi si divide in due, cioè in quella espressa nella procedura civile, e nell'altra sottintesa, e ricevuta universalmente nel foro; or questa seconda è dessa di cui ci stiamo qui occupando. Intanto tutto ciò è sempre in linea di eccezioni; e quindi sta bene che tra le eccezioni dilatorie queste rimessioni di cause siano annoverate. Si senta il signor Berriat-Saint-Prix.

« Il-y-a-lieu au renvoi pour souspicion légitime dans
« deux cas.: 1 lorsque tous les membres d'un tribunal
« sont récusables: 2 lorsque, d'après diverses circonstances,
« on peut craindre que le tribunal ne juge pas avec impar-
« tialité. — Quant au renvoi pour *défaut de sûreté publi-*
« *que,* ces termes annoncent assez qu'il peut être demandé
« lorsque, par quelque événement, tel qu'une invasion,
« on ne peut sans danger, procéder dans le lieu où siége
« un tribunal.

« Ces renvois sont portés au tribunal qui doit connaître
« des réglements: et l'appréciation des circonstances d'où
« resultent la souspicion et le défaut de sûreté, est aban-
« donnée à la conscience des magistrats qui la compo-
« sent (2) ».

Secondo questi stessi principii la Corte di cassazione di Parigi al 24 frimale anno 9 ordinò il rinvio dalla Corte di appello di Lione a quella di Grenoble nella causa di alcuni librai di Lione, che disputavano per la contraffazione del trattato di agricoltura di Rozier. I librai eccepivano, deducendo motivi di sospezione legittima, e ragionandovi: ed il signor Merlin procuratore generale estese questi oggetti anche a motivi di sicurezza pubblica, che dedusse e

(1) Nota 46 dict. loc.
(2) Berriat-Saint-Prix proced. civ. § 3.

sostenne nell'ufizio del suo ministero. Noi rapportiamo qui la decisione a piè di pagina (1).

Altra simile decisione fu profferita a' 6 Dicembre 1808 dalla Cassazione di Parigi, sezione de' ricorsi, rapportata da

(1) » Si può egli chiedere la rimessione di una causa per motivo di » legittimo sospetto contra un intero Tribunale?

» La Corte di Cassazione si è decisa per l'affermativa nel caso seguente.

» In punto di fatto trattavasi di sapere, se i signori fratelli le Boy, » Cormon, e Blanc librai di Lione avessero contraffatto il corso di agri- » coltura di Rozier. Il sig. Dougour, cessionario del redattore di questa » opera, era rimasto soccumbente in una sentenza pronunziata da un » primo tribunale di Lione.

» In grado di appello egli ricorre perchè sia rimessa la causa, e ciò » principalmente per motivo dell' influenza che doveano avere nell' ani- » mo dei Giudici componenti la Corte, i principali abitanti della città, » quasi tutti interessati almeno indirettamente perchè fosse confermata la » impugnata sentenza. Dopo aver esaminate e calcolate tutte le ragioni » poste in campo da Dougour, il sig. Merlin procuratore generale im- » periale, conchiuse in questa maniera.

» Noi dobbiamo anche aggiugnere, che la pubblica sicurezza c' im- » pone forse essa pure di accordare la rimessione proposta. Chi ci può » infatti assicurare che il numero considerevole di operai che impiegano » i contraffattori, sia per la impressione, sia per la piegatura sia final- » mente per imballare, spedire, o spacciare i libri, che partono giornal- » mente dalla loro stamperia, vedranno con occhio d'indifferenza gli sforzi » generosi che farà il difensore del signor Dougour, per ottenergli il » voto dei Giudici, e della Corte di appello?

» E chi può esserci mallevadore che la corte stessa di appello, in » mezzo a tante persone che le anderanno da tutte le parti ripetendo, » che il sig. Dougour non cerca se non se di privare i librai dei mezzi » necessarii per la loro esistenza, godrà, ovvero, ciò che poi torna lo » stesso, crederà di godere della libertà di pronunziare francamente la » propria opinione? Chi può in fine assicurare, che la comune tranquil- » lità non abbia a soffrire per alcun modo per la decisione di questa » causa in una città così interessata, come quella di Lione, perchè dessa » sia decisa contro il signor Dougour?

» Per tutte queste considerazioni il signor Merlin ha conchiuso per- » chè sia accordata la rimessione.

» *Decisione* — La Corte ec. Considerando che dai fatti allegati da » Antonio Jeudi-Dougour nella sua dimanda di rimessione ad un' altra » Corte di appello diversa da quella residente in Lione, risultano dei » motivi di legittimo sospetto, i quali danno luogo alla richiesta rimes- » sione.

» Ordina che ad oggetto che sia pronunziato sull' appellazione dalla » sentenza del Tribunale civile del dipartimento del Rodano, sopra cui » si quistiona, egualmente che sopra tutte le altre citazioni, ed intima- » zioni, che hanno avuto luogo in seguito, e sopra qualunque altra cir- » costanza o dipendenza avente relazione alla sentenza medesima, sarà » proceduto davanti la Corte di appello residente a Grenoble. A que- » st' effetto rimette la causa, e le parti davanti a questa Corte, la quale » deciderà come di ragione e di diritto. *Vel. Merlin Questions de* » *droit mot Recusation*, § 3.

Sirey nel tomo 9 parte 1 pag. 143. Altra de'21 Marzo 1821 della stessa Cassazione di Francia rapportata dallo stesso Sirey anno 1822 prima parte pag. 61 a 63.

Anche la nostra Corte Suprema di giustizia si è occupata non ha guari di questi oggetti nella causa tra i signori deputati delle opere pubbliche provinciali destinate da S. M. a rappresentare la provincia dell'Aquila, e gli eredi legittimi del fu D. Antonio Benedetti; emettendo tra le altre la seguente considerazione.

La G. C. ha osservato che la causa della pubblica sicurezza non sia ancora cessata, imperciocchè nei tribunali civili dell'Aquila vi sono tuttavia dei magistrati della provincia. In oltre vi sono tuttavia il Vescovo e l'Intendente, che sono le principali autorità della medesima, e che hanno su gli affari della stessa, una preponderante influenza. Che se nel testamento di D. Antonio Benedetti fu nominato l'Intendente Cammarota, che più non vi è, ciò non mena a conseguenza, perchè egli fu designato per causa del suo impiego e non della sua persona. In fine la classe dei poveri della provincia esiste tuttavia, e la divisione che ora forma parte del contendere, è la più importante perchè versa intorno alla quantità e qualità dei fondi, che servono al loro sostentamento.

Su queste considerazioni la C. S. ha sostenuto il rinvio. Ed è marcabile, che in questa causa gli eredi legittimi di Benedetti agivano appunto in linea di eccezione presso la G. C. civ. dell'Aquila, proponendo la sospezione legittima, ed estendendola benanche a motivi di pubblica sicurezza. Ma essi nel corso poi del giudizio si sostennero attori per la sola legittima sospezione, e le persone incaricate dell'ordine pubblico spiegarono carattere, e si rendettero efficaci per gli oggetti della sicurezza pubblica; come è a vedere da tutto intero l'incartamento che esiste presso la C. S. di giustizia.

SEZIONE SECONDA.

DELLE ECCEZIONI DILATORIE, CHE RIGUARDANO LE PARTI, CHE SONO IN GIUDIZIO, E LE LORO QUALITÀ PERSONALI.

Avea detto l'Imperadore Gordiano: *Non ignorat competens judex., eam quae ultionem, et mortem filii persequi allegat, non temere ad accusationem esse admittendam, nisi prius matrem se esse probaverit* (1). E su questi principii, che si trovano spesso ripetuti nel corpo delle leggi (2), vien basata la massima, che ogni attore è obbligato a legittimare la sua persona, facendo costare ciò, che egli è, nel modo come si presenta in giudizio. Colui, che agisce semplicemente a nome proprio, non ha questa obbligazione, bastando in tal caso, che egli si asserisca per colui, che è, senza infingersi, e senza tradire la verità, altrimenti darebbe luogo alla parte avversa di dargli una mentita, ed anche di attaccarlo di falso, usurpando una persona diversa da quella che è. Ma se al nome proprio si aggiunga una qualità qualunque, con la quale l' azione si sostenga, oppure, se si agisca in nome alieno, allora nasce l' obbligazione di dimostrare, e provare la qualità aggiunta, o il nome alieno, di cui si fa uso, legittimamente indossato. *Quilibet agens, sive alieno nomine, sive proprio, non simpliciter, debet legitimare suam personam, scilicet ostendere, se esse talem, qualem se asserit* (3).

L' obbligo intanto di legittimare la persona nell' antico foro avea queste regole. Allorchè si agiva a nome alieno, come di tutore, curatore, amministratore, sindaco, procuratore ec., doveasi questo nome dimostrare e provare prontamente prima della contestazion della lite, sull' appoggio della L. 24 cod. de procur. Ivi: *Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat:* Onde scrisse il De Rosa: *Si alieno nomine agit, omnino ante terminum tenetur suam legitimare personam, ex textu in L. licet cod. de procur. per quem evincitur quod haec ex-*

(1) L. 9 Cod. de his qui accus. non pos.
(2) Si quaeramus D. de test. L. 2 § si ea D. de ventr. in poss. mittend
(3) Amendolia de except. part. 2 quaest. VI n. 164.

ceptio reddit retro judicium nullum, post terminum opposita, si actor suam personam non legitimet; ergo omnino tenetur ante terminum, ne defatigetur reus (1). Lo stesso avea luogo quando si agiva a nome proprio con la qualità aggiunta di erede, di cessionario, di donatario, di legatario: *Reo opponente legitimationem personae, tenetur illico, (actor) ostendere esse talem, decreto praeambuli, donationis instrumento, vel cessionis, ut reus instructus de qualitate crediti, deliberare possit, an cedere vel contendere velit, et adversus creditum se defendere;* lo stesso De Rosa.

Allorchè poi si agiva a nome proprio ma con queste qualità particolari *uti filius, uti de genere, vel de gente, sive natione, quibus aliquod beneficium est deferendum*, venendo la contraddizione a ciascuna di queste qualità; non era obbligato l'attore a dimostrarle prontamente, e poteva farne la prova anche dopo la contestazione; riunendola al merito della causa: e ciò per il diritto nostro patrio in forza della costituzione : *Exceptionem filiationis generis sive gentis*, la quale per questo capo avea corretto il diritto comune nel cap. *exhibita de judic.*, e nella L. *Non ignorat* di sopra allegata (2). I nostri dottori sostenevano la giurisprudenza della costituzione, e dicevano che nei casi in essa espressi la prova della qualità aggiunta serviva ad istruire il processo, più che a legittimare la persona dell' attore: *Nam tunc legitimatio magis deservit ad justificationem causae, quam ad legitimationem personae* (3). Oggi questa eccezione della legittimazione della persona, insieme con tutte le altre dilatorie va sotto la disposizione dell'articolo 280 della procedura civile, secondo lo spirito del quale è affidato alla religione dei giudici il permettere, che alcune di esse, allegate già a tempo legittimo, siano poi provate dall'attore nel corso del giudizio; riportandosi il loro esame ai calcoli, che si formano al tempo della sentenza definitiva.

Ma all'attore, allorchè si fa a contendere, può essere anche opposta la sua inabilità ad agire, e stare in giudizio, sia essa assoluta, sia temporanea. Questa cosa spiega il carattere di un' altra eccezione dilatoria, che mette ritardo al giudizio promosso. Noi in questo trattato non ammettiamo

(1) De Ros. tom. 2 cap. 1 n. 41.
(2) Vid. in tutto De Rosa nel detto luogo.
(3) Amendolia de except. legit. pers. n. 175.

le eccezioni perentorie di forma, per le ragioni già spiegate di sopra, altrimenti non avrebbe quì luogo questa dilatoria di cui parliamo; che appunto fra le perentorie di forma viene ora annoverata. Egli è conosciuto, che vi sono delle persone, che non hanno il libero esercizio dei loro diritti, e che quindi sono incapaci ad agire da se stesse in giudizio, o per sempre, o a tempo determinato. La legge pone fra di esse: 1.° I condannati ai ferri, ed alla reclusione, durante il tempo della pena (1): 2.° I condannati all'ergastolo (2): 3.° I condannati in contumacia ad una delle dette pene ai termini dell' art. 31 LL. civ.: 4.° I minori non emancipati (3): 5.° I minori emancipati per azioni sopra beni stabili (4): 6.° Gli interdetti (5): 7.° Coloro che sono sottoposti all'assistenza dei consulenti (6): 8.° Le donne maritate (7).

Oltre a ciò, vi sono le azioni che si intentano dallo Stato, dal pubblico tesoro, dalle amministrazioni, dai pubblici stabilimenti, dalle comuni. E la legge in questi casi ha provveduto, destinando coloro che debbono figurare in giudizio per rappresentarvi validamente la persona dell' attore (8). Se dunque, queste tali persone dalla legge quì designate non sono in attività, ed il giudizio si introduca ad istanza dei corpi morali anzidetti, vien fuora legalmente la eccezione dilatoria della loro incapacità ad agire.

Abbiamo poi soggiunto nell' artic. 54 n. 3 che anche la persona del reo convenuto dee essere riguardata sotto il rapporto, se al tempo del giudizio abbia o no indossate le qualità attribuitegli dall' attore; o pure se sia in atto impedito ad agire, ed anche egli si appalesi incapace a stare in giudizio; o finalmente perchè possa reclamare il benefizio di un termine, che legalmente lo abiliti a far sospendere il giudizio, come sarebbe il termine a deliberare, o a fare l' inventario. Queste cose si giustificano da loro stesse, senza bisogno di ulteriore spiegazione. Solamente si avverte quì

(1) Art. 17 LL. penali.
(2) Art. 16 LL. penali.
(3) Art. 373 e seg. LL. Civ.
(4) Art. 405 LL. Civ.
(5) Art. 432 LL. Civ.
(6) Art. 436 LL. Civ.
(7) Art. 204 LL. Civ.
(8) Ved. art. 164 proc. civ. art. 11 16 Leg. 29 maggio 1817 sul contenzioso amministrativo.

al proposito assai bene dal sig. Pigeau, che quando il reo è nel caso di proporre la eccezione di questo termine, dee farlo prima di tutte le altre eccezioni dilatorie, che derivano dalla qualità nella quale egli è citato; altrimenti si reputa, che egli adotti tale qualità, della quale non può più disfarsi (1).

Un' altra dottrina adduce quì al caso questo dotto scrittore, che noi crediamo ben opportuno di trascrivere (2).

« L'eccezione che risulta dalla mancanza di capacità nel « reo convenuto dee proporsi nell'introduzione della causa, « nell' ordine che le assegniamo quì fra le eccezioni. Se il « citato omettesse di farlo prima delle eccezioni ulteriori, o « delle difese sul merito, lo potrebbe egli dopo? Sembra « che no: il citato, rinunziando a proporre la nullità, ha « contratta l'obbligazione di procedere con l'incapace, seb- « bene sapesse la di lui incapacità. Ora l'articolo 1125 del « Codice civile dice che le persone capaci di obbligarsi non « possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, « o della donna maritata, con cui hanno contrattato; e « l'articolo 173 del Codice di procedura dichiara ogni nul- « lità di citazione sanata dalla difesa del merito, e da ogni « allegazione di eccezioni differenti da quella d' incompe- « tenza. Non pertanto, siccome il reo sarebbe esposto a « veder pronunziare la nullità del procedimento, se l'inca- « pace opponesse la sua inabilità, si può, per evitare que- « sto inconveniente, citare a dichiarazione di giudizio co- « mune il difensore dell'incapace. Se questi non fa istanza « per la nullità, essa è resa sanata; se la dimanda si pro- « nunzia, allora l'attore rinnova la domanda nella sua qua- « lità d'incaricato dell'incapace, e l'avversario non ha più « a temere della nullità. »

Finalmente il numero 3 del nostro art. 54 presenta l'eccezione dilatoria, con cui il reo può nominar l'autore, che ha il vero interesse nella causa. Nell'antico foro erano ben distinte le due operazioni, che poteva fare il reo in giudizio; *laudando* cioè *in auctorem*, e *nominando in auctorem sive dominum.* La prima cosa si verificava in caso di evizione, o in ogni altro in cui il reo che possedeva *nomine proprio,* potea rivolgersi contra colui da cui aveva causa, per esser

(1) Pigeau part. 2 lib 2 § 2.
(2) Pigeau dict. loc. § 3.

sostenuto e difeso in giudizio. Era consacrato quì il verbo *laudare*, come sinonimo dei verbi *denunciare*, *adponere*, *nominare*, *appellare* (1). E per *autore* intendevasi nella specie generalmente colui, da cui aveva causa il reo convenuto (2). Questa eccezione sospendeva il giudizio, se si opponeva prima della contestazione della lite; altrimenti si confondeva col merito della causa formando un sol processo. E noi di essa ci occuperemo da qui a poco, dovendo parlare della chiamata in garanzia.

Nominare in auctorem poi, importava chiamare in giudizio colui che avea il vero interesse nella causa per parte del reo convenuto che possedeva *nomine alieno*, come sarebbe il colono, l'inquilino, il depositario, il commodatario ec. E la teoria era qui basata sopra due ben noti principii legali, cioè che ogni azione reale si dee istituire contra colui che possiede, leg. 25 D. de obl. et act.; e che per possessore è da intendersi colui che ritiene la cosa con animo di padrone, leg. ultima cod. *ubi in rem actio* (3). Sono applicabili al caso le teorie che qui insegna il sig. Pothier nelle sue pandette al titolo *de judiciis* nella sezione seconda articolo 2 n. XXIV, *Oportet praeterea ut ii qui judicium accipiunt, ipsi sint litis domini; idest ipsi, quibus aut adversus quos competit actio*.

Su questi principii legali abbiam noi fissato il diritto del reo nel proporre questa eccezione, che porta la nomina dell'autore in tutti i casi, nei quali per legge egli possiede a nome alieno, ed ha diritto a rivolger la lite con i suoi effetti verso colui che ha il vero interesse nella causa. Essa intanto debbe esser proposta prima della difesa in merito, un tempo *ante litem contestatam*; perchè altrimenti non impedisce il prosieguo del giudizio contra il reo convenuto. Nel nostro foro valevano al proposito le seguenti teorie, che anche ora sono sicuramente valutabili: *Quod si possidens nomine alterius patiatur conveniri, processus contra eum valet. L. omnium in fin. D. de rei vind. Sed ante litem contestatam tenetur ad interesse actione de dolo. Et post litem contestatam condemnatur ad ipsam rem. Verum si actor sciat illum non possidere decipitur a se ipso. L. fin.*

(1) Gloss. in L. auctore 7 vers. laudato cod. de evict. Bartol. nel detto vers. laudato. Gloss. ad pragm. dubitationem in princ.

(2) Ved. Maranta part. 6 pr. membr. 5 n. 1.

(3) Ved. Amendolia de except. quaest. X.

D. si ususfruct. pet. Acta nimirum tunc facta contra possidentem non praejudicant domino absenti, sed si sciat detentorem litigare, sibi praejudicat, saltem in possessione . . . Etenim possessor non nominans dominum tenetur ad interesse L. 5 *D. de eo per qu. fact. Et si non nominaverit, sed in se litem susceperit, condemnabitur tanquam liti se offerens, citra tamen domini praejudicium L. is qui se obtulit D. de rei vind. Afflict. decis.* 126, *ubi Ursillus ait, quod hoc habet locum, si conventus fuerit interrogatus si possidet, alias non censetur liti se offerre* (1).

SEZIONE TERZA.

DELLE ECCEZIONI DILATORIE, CHE RIGUARDANO IL MODO, E LA FORMA, CON CUI IL GIUDIZIO SI È INTRODOTTO.

Queste eccezioni non possono riguardare altro, che l'atto primordiale di citazione, il quale è il solo che nel processo si presenta al reo convenuto in questa sua prima mossa giudiziaria. Intanto sul conto di quest' atto tre cose possono essere avvertite: 1.° che apparisca esso mal conceputo, e non ritualmente disteso, così che contenga una qualche nullità, o altro vizio preveduto, e marcato dalla legge: 2.° che essendo salva la forma dell' atto, si ritrovi incompleta, difettosa, e non legalmente fatta la dimanda giudiziale, che in esso si esprime: 3.° che non apparendo vizio alcuno così nell'atto, che nella dimanda, sia intanto impedito l'attore a farne uso in giudizio, per qualche altra formalità preventiva da lui non praticata. Ora qui è che da' francesi si riconoscono le *perentorie di forma* dette ancora *fini di non ricevere;* e si riducono a tre, corrispondenti appunto a questi tre oggetti da noi già rilevati (2). Ma siccome nel presente Trattato noi non ammettiamo queste tali *perentorie*, così sotto il nome e la natura delle eccezioni dilatorie dobbiamo trattare la materia.

Non potrà essere dichiarato nullo alcun atto di citazione, o di procedura, se la legge non pronunzia formalmente la nullità: art. 1106 procedura civile. Questa è la teoria proclamata dalla legge. Vi sono poi delle omissioni,

(1) Amendolia de except. part. 2 quaest. XI n. 263 et seq.
(2) Ved. Pigeau part. 2 lib 2 Cap. 1.

e dei difetti, per i quali la legge stessa altrimenti provvede, e corregge gli atti; come specialmente è spiegato nell' art. 154 procedura civile. Dunque se nell' atto di citazione in qualche nullità si incorra, marcata dalla legge, o si commetta qualche omissione o difetto, dove la legge stessa ha provveduto, il reo può eccepirlo, facendone oggetto di una eccezione dilatoria; riclamando l' osservanza del detto art. 154 dal num. 1 a 6.

Similmente la legge nell' art. 153 num. 3 procedura civile ha detto che nella citazione si dèe contenere *l' oggetto della dimanda, e l'enunciazione sommaria delle ragioni sulle quali è fondata:* E poi nell' articolo 154 num. 4 ha spiegato, che *se manca l' oggetto della dimanda la citazione sarà pure nulla.* Ecco dunque abilitato il reo ad eccepire anche dilatoriamente, così per la mancanza dell'oggetto, quando questa si rilevi nella dimanda, come per la non fatta specifica enunciazione delle ragioni.

Finalmente se il reo si ritrovi fra quelle persone, per le quali la legge non permette che siano chiamate d' abordo in giudizio, ma che si pratichi prima seco loro uno sperimento di conciliazione, questa terza cosa somministra il terzo oggetto alle dilatorie, di cui parliamo, quando non veggasi adempiuto a ciò, che è scritto per avviare, e per ottenere la conciliazione additata. In questa ultima classe delle eccezioni dilatorie possono oggi aver parte le cause, che riguardano lo Stato, la Casa Reale, i Siti Reali, la Direzione dei beni riservati alla Reale disposizione, la direzione dei beni donati reintegrati allo Stato, i Comuni, ed i pubblici stabilimenti, ai termini del disposto nell'art. 17 della legge de' 21 marzo 1817; essendo già noto, che *sotto la indicazione dei pubblici stabilimenti di beneficenza, e de' luoghi pii laicali s' intendono gli ospedali, gli orfanotrofii, i conservatorj, e ritiri, i Monti dei pegni, de' maritaggi, e di elemosine, i monti frumentari, le arciconfraternite, e congregazioni, le cappelle laicali, e finalmente tutte quelle istituzioni, legati, ed opere che sotto qualunque denominazione, o titolo si trovano, o che saranno addetti al sollievo degl' infermi, degli indigenti, e dei proietti* (1).

(1) Vedi le istruzioni per l'amministrazione degli stabilimenti di beneficenza, e de' luoghi pii laicali, emanati dal Ministro degli affari interni sotto il dì 20 maggio 1820.

SEZIONE QUARTA.

DELLE ECCEZIONI DILATORIE, CHE RIGUARDANO IL MODO, E LA FORMA CON CUI IL GIUDIZIO SI DEE PROSEGUIRE.

1.° Può dolersi in primo luogo il reo con eccezione dilatoria della brevità del termine disegnato nell'atto di citazione, o della non sufficienza del termine stesso.

In quanto alla brevità del termine, se la citazione è stata fatta senza permissione del giudice, e contenga l'annuncio di un termine a comparire diverso da quello indicato dalla legge art. 166, il reo ne farà oggetto in questa eccezione. Per le citazioni poi fatte con permesso del giudice, ossia per le assegnazioni a termine fisso, ed abbreviato, delle quali parla la legge, det. art. 166, può il reo dolersi anche per la brevità, o pure far osservare che non vi sia affatto luogo ad accordare l'assegnazione. Ciò è preveduto dalla legge di procedura e dal regolamento ministeriale dei 15 novembre 1828 art. 243.

In quanto poi alla non sufficienza del termine, vengono in oggetto quelle dilazioni che la legge accorda per gli rei convenuti al di là di 15 miglia di distanza: più per coloro che dimorano fuori del regno in paesi stranieri (1).

2.° Si presenta in secondo luogo il caso dell'azione prematuramente intentata prima del tempo che competeva. Qui hanno rapporto le azioni nascenti da obbligazioni condizionali, come anche le obbligazioni contratte a termine (2). In questi casi, pria che la condizione esista, e pria che giunga il tempo determinato non è permesso di agire; e quindi il reo, che in tali circostanze si vede illegalmente convenuto in giudizio, può ripellere temporaneamente l'azione, usando della dilatoria di cui parliamo. Vi sono alle volte ancora dei patti temporanei di non fare, o di non dimandare; ed allora ha luogo la stessa eccezione, se contra la forma del patto si faccia o si dimandi, appoggiando il merito della eccezione al dolo, secondo l'avviso del giureconsulto Paolo (3).

(1) Art. 107, 167, 168 e 1109 proc. civ.
(2) Art. 1121, e segg. — Art. 1138, e segg. LL. civ.
(3) L. 2 § 4 D. de dol. mal. et met. except.

I dottori sotto questa specie di eccezione, detta da essi: *ante diem agis*, abbracciano anche due altre dilatorie con altri nomi particolari, da essi inventati, per esprimere l'azione non ancora matura e competente; cioè l'eccezione *carentiae et incompetentiae actionis, ac notorii juris defectum agendi*, e l'altra: *tua non interest*. In quanto alla prima, essa già va intesa nel caso quando in atto sia impedito l'attore a far uso dell'azione, e a dar mossa al giudizio; imperciocchè se l'azion del tutto e sempre non competa, l'eccezione risulta allora perentoria, ed esce dalla classe di quelle che ora trattiamo. In questo senso scrisse il Galluppo: *Quoad secundam exceptionem carentiae, et incompetentiae actionis, quae dupliciter esse contingit: 1.° Si actio funditus non competat; 2.° Si sit impedita ex causa alicujus impedimenti, vel alterius praejudicii* (1). Lionardo Riccio pone gli esempii di questa eccezione quando è dilatoria, e comincia dal dire: *1.° exemplificatur cum quis ante diem debitae solutionis agit, ei obstat exceptio carentiae actionis, quia caret actione agendi, cum tunc orta non est actio* (2) ec.

L'eccezione poi *tua non interest*, va compresa nella testè rapportata; dappoichè, come spiega il Galluppo: *cujus non interest, eidem non competit actio* (3): e più chiaramente il Riccio: *exceptio carentiae, et incompetentia actionis et notorii defectus juris agentis, comprehendit exceptionem tua non interest, nam cujus non interest, eidem non competit actio* (4).

A sentimento de'dottori testè riferiti, ed anche di altri, le predette eccezioni dilatorie si potevano opporre in qualunque parte del giudizio: *et sunt potius de factu quam de jure, cum nullam elidant actionem, sed solum intentionem agentis excludunt, etiam post litis contestationem*...(5). Non mai però si ammettevano *post sententiam*, per cui nel silenzio totale del reo, non vedendosi opposta, il giudizio non era nullo (6).

3.° In terzo luogo viene quì rimirata l'eccezione competente al reo, che vede incamminata la causa per la via

(1) Gallup. part. 2 cap. 8 n. 41.
(2) Riccio Tom. 4 prat. civil. cap. 52 n. 1.
(3) Gallup. nel luogo citato.
(4) Ric. nel luogo citato n. 2.
(5) Il Riccio nel luogo citato n. 8.
(6) Riccio nel luogo citato n. 9.

sommaria, mentre dee essere trattata per la via ordinaria. Ne'giudizii bisogna serbare l'ordine prefisso dalla legge. Nella nostra procedura civile son marcati gli affari da trattarsi sommariamente, ed è prescritto il modo col quale debbono essere spediti in giudizio (1). Se dunque al di là delle cose, che la legge prevede in questa privilegiata specie di procedura, l'attore si avvisa d'incamminare il giudizio sommariamente, il reo ha il diritto di reclamarne, e ricondurlo in via; lo che appunto può ottenere, facendo uso della dilatoria, di cui stiam trattando.

4.° Anche l'eccezione delle ferie entra qui in veduta quando si pretendesse di spingere innanzi il giudizio, e di fare atti giuridici ne' giorni e ne' tempi feriali. Per regola tutt' i giorni dell'anno sono giuridici, giusta il rescritto degli Imperadori nella *leg. 7 cod. de feriis:* per eccezione poi vengono segnati i giorni festivi, e feriali: *Omnes dies jubemus esse juridicos. Illos tantum manere feriarum dies fas erit, quos geminis mensibus etc.* Nella nostra prammatica seconda *de feriis* era perciò prescritto di doversi formare, ed osservare un calendario de'giorni festivi, ne'quali non fosse lecito di agire e far atti giudiziarii. Lo stesso oggi è praticato, segnandosi in questi calendarii i giorni giuridici, ed i giorni feriali per tutto l'anno; o che si tratti di ferie ad *honorem Dei*, o di ferie ad *honorem Principis*, o di quelle ad *utilitatem et voluptatem hominum*, che sono le tre specie de'tempi feriali distinte in ragion del loro oggetto (2).

Nell'antico foro però vi erano eccezioni a queste regole, perchè si permettevano anche atti giudiziarii quando *periculum erat in mora*. Lionardo Riccio ne da il catalogo: *In delictis enormibus: in editione libelli: in captura debitoris suspecti de fuga: in receptione confessionis partium: in sententia excomunicationis: in curia principis a latere: in pertinentibus ad voluntariam jurisdictionem: in nundinis* (3).

Oggi secondo le attuali leggi di procedura è posto in massima, che ne'giorni feriali non si da luogo ad atti giuridici; ma è soggiunto, che col permesso del Giudice si

(1) Art. 499 e segg. proc. civ.
(2) Riccio Tom. 4 cap. 48 n. 4.
(3) Riccio loc. cit.

possono fare le intimazioni in caso di urgenza (1). Tali sono i casi delle cause alimentarie, delle nunciazioni di nuove opere, delle nullità di arresto, e cose simili; ed in quest' ultimo caso non solo è permesso di citare, ma anche è conceduto al Presidente, o al Regio Giudice di emettere le loro ordinanze ne' giorni festivi sopra le dimande di coloro che riclamano le nullità dell' arresto (2). Egualmente ne' giudizj di separazione personale fra i conjugi col permesso anzidetto è lecito di citare, e di ottener le provvidenze che la legge reputa di urgenza in questi casi; e cose simili (3).

5.° La dimanda della garanzia sia semplice, sia formale con questa stessa eccezione dilatoria vien dedotta e sostenuta.

La garanzia in generale (come bene avverte il Pigeau (4)) *è l' obbligo che ha una persona di rispondere verso un' altra dell' effetto e conseguenza di alcuna azione, dell' evizione e qualità di qualche cosa sia mobile, sia immobile.* Ma nel senso in cui si prende quando forma l' oggetto dell' eccezione, secondo l' avviso dello stesso ottimo scrittore, essa è *l' obbligo che si ha di garantire una persona per l' effetto e conseguenza di un' azione diretta contro di essa* (5).

Allorchè dunque si presenta il caso in cui il reo convenuto per l' effetto e conseguenza di un' azione ha il diritto di chiamare in giudizio chi dee garantirlo, si da luogo all' eccezione dilatoria della garanzia. Essa sopra tutto è conosciuta nei casi di evizione (6): e nell' antico nostro foro era ampiamente trattata dagli scrittori pratici sotto la indicazione: *exceptionis laudationis in auctorem.*

La *lodazione in autore* era una legittima denuncia, che il reo faceva al suo autore, invitandolo, affinchè venisse a difenderlo in giudizio; ed appoggio nelle leggi romane (7). Essa conservava la natura della dilatoria se si proponeva prima della contestazione della lite, nel qual caso veniva a formarsi un solo processo, in cui simultaneamente era

(1) Art. 1114 proc. civ.
(2) Art. 869 870 e 871 proc. civ.
(3) Art. 956 proc. civ.
(4) Pigeau lib. II part. 2 sez. 2 § 3.
(5) Pigeau dict. loc.
(6) L. 11 § 2 D. de act. empt. — L. 27 51 D. de evict.
(7) L. 26 § 2. — L. 53 § 1. — L. 63 § 1 D. de evict. — L. 8 9 25 Cod. eod.

istruita la causa fra l'autore principale ed il reo convenuto, e fra costui e l'autor lodato; se poi si proponeva dopo la contestazione, veniva tolto al reo questo beneficio, ed i giudizii restavano divisi, e procedevano separatamente. Se l'autor lodato non compariva, dopo che a tempo era stato avvertito, il giudizio non si sospendeva, ma proseguendosi, prendeva una doppia figura, perchè in faccia al reo presente si agiva ad un modo, ed in faccia all'autor lodato si agiva in contumacia.

Oggi fra le chiamate in garanzia le leggi prescrivono una particolare procedura, che è dettagliatamente spiegata sotto il titolo appunto delle azioni dilatorie, di cui ora parliamo, dall'art. 269 in avanti procedura civile.

6.° L'eccezion della *discussione ossia dell'ordine* è anche tra le dilatorie qui trattate. Essa contiene un beneficio, che compete a due classi di persone, cioè ai mallevadori quando vengono perseguitati per la garanzia promessa, ed ai terzi acquirenti dei beni stabili, allorchè ricevono molestia per le ipoteche che si scovrono sopra di essi. Di questo beneficio competente alle dette due classi di persone parlano le nostre leggi civili, e prima di esse, egualmente aveau trattato le leggi romane (1).

Si chiama discussione, son parole del Pigeau, *l'esame che certe persone, molestate per crediti che appartengono ad altre, possono obbligare il creditore a fare dei beni della persona, che è tenuta al pagamento di questi crediti* (2). A buon conto col beneficio della discussione vengono soccorsi tutti coloro, che sono chiamati a soddisfare le altrui obbligazioni, quando non vi si adempie da chi vi è tenuto principalmente; per lo che oltre alle due classi delle persone indicate, per le quali la legge letteralmente si pronuncia, si da luogo a questo beneficio sempre che si verifica il caso, che ne forma l'oggetto. I dottori lo hanno avvertito, e ne hanno arrecato degli esempii (3). Specialmente ciò si verifica in tutte le azioni sussidiarie, nelle quali la persona che riceve molestia non è tenuta, se non nel *deficit*

(1) Art. 183 e segg. — Art. 2064 LL. civ. — Auth. praesente cod. de fidejus. auth. hoc si debitor cod. de pignor.

(2) Pigeau dict. loc. art. II.

(3) Vedi Galluppo de except. part. 2 cap. 9 n. 35. — Amendolia de except. quaest. 13 n. 305.

per parte dell'altro obbligato: Più: *uxor pro dote non agit contra tertium possessorem, nisi excussis prius bonis viri* ec. ec. (1). Anche i minori oggi di questa eccezione vengono a giovarsi, rivolgendola iu un beneficio reale a loro prò; mentre essi nelle spropriazioni forzate degl' immobili che si intraprendono contro di loro, possono dedurre, che sia prima discusso il loro patrimonio mobiliare (2).

7.° Siegue l'eccezion dilatoria della comunicazione dei documenti, che è comune al reo ed all'attore, i quali rispettivamente possono dimandarla, per avere scienza dei ricapiti esibiti contro di essi; e la buona fede non permette che la parte si serva in giudizio delle carte ignote al suo avversario. *Una tal facoltà, è rispettiva,* dice il Pigeau, *mentre ciascuna delle due parti è debitrice verso l' altra delle prove di cui fa uso, per sostenere la sua pretensione* (3). Le leggi della procedura civile parlano della comunicazione dei documenti, e del modo come questa nei giudizii ordinarii debba aver luogo (4); ed in ciò esse seguono esattamente il disposto delle leggi romane. La teoria della esibizion delle scritture, enunciate nella citazione e nel corso del giudizio, e la loro comunicazione alla parte avversa, discende da espresse disposizioni di leggi civili e canoniche (5); e la ragione è detta dal nostro de Rosa; *Fundatur in ratione, ut exhibita scriptura in libello mentionata, reus instructus se defendat atque deliberet, an cedere vel contendere velit* (6). Muscatello insegnò, che non di tutte le scritture menzionate o esibite dall' attore in giudizio il reo ha il diritto di chiedere la comunicazione; e diede ai giudici le norme da regolarsi, quando debbano o non debbano accordarle, per la ragione: *quod judex in qualibet exceptione dilatoria, ita in ista* (cioè nella comunicazione delle scritture), *debet suo officio reorum calumniam et subterfugia amovere, ac earum scripturarum exhibitionem peti ac fieri permittere, quae realiter, ac vere ad reorum deli-*

(1) Riccio de except. cap. 73 n. 4.
(2) Art. 2107 ll. civ.
(3) Pigeau dict. loc. § 4.
(4) Art. 282 a 288.
(5) L. 1 D de edend. L. 3 cod. eod. Auth. Offeratur Cod. de lit. contest. can. Induciae § offeratur 3 q. 3 c. 1 de libelli oblat.
(6) De Rosa prat. civ. part. 1 cap. 1 n. 28.

berationem, et instructionem necessarie visae fuerint. Ed ecco le regole che egli assegna.

Sciendum est, quod alia est editio quae petitur ad finem fundandi, probandi, et obtinendi, et haec non debet fieri ante litem contestatam, sed post. . . Alia est editio seu exhibitio scripturarum, quae petitur ad finem deliberandi vel instruendi se, an velit cedere vel contendere, et haec fit ante litem contestatam. Si reus itaque ante litem contestatam, vel petierit exhibitionem earum scripturarum, quae ad probationem seu causae decisionem faciunt, vel earum, quae ad ipsum non spectant, vel sine earum exhibitione poterit esse certus et instructus, an velit cedere vel contendere, tunc judex ad removendas calumniosas dilationes, poterit ad ulteriora procedere, denegando dictarum scripturarum exhibitionem (1).

Questi avvertimenti del Muscatello non sono anche oggi infruttuosi, e possono dar norma ai giudici, onde non far abusare di questa eccezione dilatoria di cui parliamo.

8.° Falso incidente civile. L'eccezione del falso di sua natura è perentoria; ma trattandosi del falso incidente nei giudizii civili, precisamente come è posto nelle leggi di procedura dall'art. 309 in poi, esso non si allega altrimenti, che con l'eccezione dilatoria. Il falso incidente civile arresta il giudizio sull'azione già promossa, e ne ritarda il corso fino a che non è deciso definitivamente. Con questo falso incidente si possono attaccare tutti i documenti e tutti gli atti, che accompagnano ed istruiscono il giudizio; e l'esame che si forma su di esso è tanto differente da quello della causa principale, che la legge permette ai giudici di decidere questa, indipendentemente dal documento arguito di falso, quando lo credono opportuno e regolare. Art. 345 proc. civ.

(1) Muscatello gloss. mentionatorum n. 4 e 5.

CAPITOLO TERZO.

DELLE VARIE SPECIE DELLE ECCEZIONI PERENTORIE, E DELLE MODIFICATIVE.

Art. 57. Le eccezioni perentorie, o prendono origine da cause che accompagnano l'azione nascente, o sorgono da cause posteriori, che sopravvengono all'azione già nata, e competente.

Art. 58. Le cause che accompagnano l'azione nascente, possono dar luogo alle eccezioni perentorie; riguardanti così la non validità dell'obbligazione, da cui l'azione emerge; come la nullità dell'atto, in cui l'obbligazione e l'azion nascente si racchiude.

Tali sono le eccezioni, con le quali si deduce:

1. Il consenso dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo:

2. La simulazione:

3. La lesione, quando tende ad annullare il contratto:

4. La incapacità a contrattare, a disporre, o a ricevere per donazione, o per testamento:

5. L'incertezza della cosa, su cui l'azione è fondata, o che essa non si trovi in commercio, nè sia sotto la disposizione degli uomini.

6. L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa ed illecita:

7. La forma non esatta, ed illegale, o la mancanza dei solenni essenziali, che per legge si richieggono alla validità dell'atto, da cui l'obbligazione e l'azione discende.

Art. 59. Le cause che sorgono posteriormente all'azione già nata e competente, possono avere in oggetto, o la estinzione e la risoluzione dell'obbligazione, da cui l'azione scaturisce, o che sia spento nell'attore il diritto a poterne fare lo sperimento in giudizio.

Tali sono l'eccezioni;

1. Del pagamento:

2. Della novazione:

3. Della remissione volontaria:

4. Della compensazione:

5. Della confusione:

6. Della perdita della cosa:

7. Della nullità, o della rescissione per la condizione risolutiva verificata:

8. Della prescrizione:

Più: l'eccezioni:

1. Della cosa giudicata:

2. Della lite finita:

3. Della nuova convenzione:

4. Del patto di non dimandare:

5. Della transazione:

6. Della scelta già fatta di un'altra azione dedotta in giudizio.

Art. 60. Sono perentorie modificative le seguenti eccezioni:

1. Della divisione:

2. Dell'inventario fatto, o da farsi:

3. Della separazione dei patrimoni:

4. Della collazione dei beni:

5. Delle migliorie esistenti sopra fondi, che debbono rilasciarsi:

6. Della cessione dei beni.

Non è qui nostro disegno di raccogliere, e mettere in catalogo esattamente una per una tutte le specie delle eccezioni perentorie. A niuno giammai è venuto questo talento, mentre l'eccezioni tutte, e specialmente le perentorie, si rendono incalcolabili, perchè vanno appresso alle azioni che per loro natura sono di numero indefinito. Il giureconsulto Paolo guardando in generale la materia, su cui versano le eccezioni, ridusse queste a tre classi, ma poi nel numerarle rispettivamente sotto ogni classe, non ne annunciò che quattro sole; mentre ben si vede che nell'oggetto che avea il giureconsulto, queste senza dubbio ascendevano ad un numero maggiore. *Exceptiones opponuntur, aut quia factum sit quod fieri oportet; aut quia factum sit quod fieri non oportuit; aut quia factum non sit quod fieri debuerat. Quia factum est quod fieri oportuit, datur exceptio rei venditae et traditae, et rei judicatae. Quia factum, est quod fieri non oportuit, datur exceptio doli mali. Quia non factum est, quod fieri debuit, ut bonorum possessionis non datae* (1).

Gli scrittori pratici, poi che le hanno esposte, si sono mostrati soddisfatti con esprimerne alcune soltanto tra di esse, le più frequenti ed usitate; poi non han presa cura di altro. Il Muscatello, autore accuratissimo, nel suo aureo Testo pratico non ne numera che cinque: *scilicet periurii, litis finitae, rei judicatae, transactionis, pacti de non petendo;* e poi soggiugne: *et similia* (2). Quindi nei comentarii a questo testo racconta egli, che Giasone sudò molto per giugnere a contarne fino a quarantaquattro; con fatica però del tutto inutile: *quia infinitus est numerus exceptionum, sicut infinitus est numerus actionum; et propterea non potest dari certa doctrina seu quota* (3). Il Galluppo dice: *multas esse exceptiones dilatorias... multas esse exceptiones peremptorias* (4); e dopo averne rapportate alcune poche a modo di esempii, in altre non s'impegna. E lo stesso sistema costantemente è serbato da tutti gli altri autori di pratica civile.

(1) L. 20 D. de except.
(2) Muscatello gloss. perempt. part. 4.
(3) Muscatello gloss. et similia n. 3.
(4) Gallup. de except. dilat. part. 2 cap. 5 n. 22 e cap. 11 n. 15.

Nè fra i moderni si pensa diversamente. Il signor Pigeau, parlando *delle eccezioni perentorie, da proporsi dopo le dilatorie* dice così: *Queste eccezioni si propongono in sette casi:*

1.° *Se l' azione non è cominciata:*

2.° *Se quello che l'ha acquistata, non ne prova la trasmissione, o lo fa debolmente:*

3.° *Se l'attore è incapace degli effetti di diritto da cui procede l' azione:*

4.° *Se vi è un concorso di azioni, e che l' attore abbia di già fatta la sua scelta:*

5.° *Se vi è pendenza di lite:*

6.° *Se vi è luogo alla divisione:*

7.° *Finalmente, se l'azione è estinta* (1).

Veramente queste sette eccezioni al senso del Pigeau sono perentorie di forma, ossia d' istanza più che perentorie del merito; essendo egli fra coloro, che ammettono e sostengono le *perentorie di forma*. Il signor Carré poi le distingue con più chiarezza nel seguente modo. Sotto le perentorie di istanza egli pone due casi, cioè 1.° la mancanza di conciliazione; 2.° la nullità dell'atto di citazione: sotto le perentorie poi del merito ne annuncia quattro, cioè 1.° la cosa giudicata; 2.° la compensazione; 3.° il pagamento; 4.° la prescrizione (2). Di altro non s' interessa questo autore, e con lui tutti gli altri pratici, avendo costantemente queste eccezioni perentorie per incalcolabili, ed indefinite.

Noi intanto in questo Trattato ci siamo avvisati di spiegare un sistema che sembra avere del particolare e dell' arbitrario, ma forse è conducente ad esporre con maggior felicità la materia in proposito; e presentarne le idee più distinte e adequate. Prima di tutto abbiamo posto mente alle cause da cui le eccezioni perentorie scaturiscono, tenendo sempre innanzi agli occhi il principio fissato da Giovanni Oldendorpio, che da noi è stato qui esposto, e seguito di sopra, nel fare la mappa generale delle eccezioni sotto classi diverse; cioè che nel dividere le eccezioni si dee rimontare alle loro cause: *ex caussis*. In conseguenza abbiamo quì nell'art. 57 fatta distinzione fra le cause che accompagnano le eccezioni perentorie al tempo dell' azion nascente, e le

(1) Pigeau lib. 3 part. 2 sez. 4.
(2) Vedi Carré part. 1 lib. 2 tit. 9.

altre che possono sopravvenire dopo l'azione già nata e competente: ed abbiamo detto nell'art. 58 che le prime possono riguardare, o la non validità dell'obbligazione da cui l'azione emerge, o la nullità dell'atto in cui l'obbligazione e l'azion nascente si racchiude. E questa prima classe di perentorie si son da noi rapportate nel numero di sette. Abbiamo poi nell'art. 59 numerate varie altre eccezioni perentorie della seconda classe, che hanno diversi oggetti, connettendovi nell'art. 60 le modificative, le quali sono in continuazione di queste stesse perentorie, che hanno causa dopo l'azione già nata e competente.

Le eccezioni della prima classe sono sempre di puro diritto; e nascono immediatamente fra coloro che *aliquid gesserunt inter se*, e per lo solo fatto loro proprio e personale. Le seconde sono eccezioni di fatto; prendono epoca da cause posteriori all'azione già nata; e possono aver luogo anche per fatto alieno, e non personale di coloro tra i quali *res fuit gesta;* come sarebbe nella eccezione del patto *de non petendo;* il quale patto può aver causa dal debitore, ed anche da altri, cioè da coloro che sono abilitati per legge a migliorare la sua condizione. Lo stesso per le eccezioni del giuramento ec. ec.

La differenza da noi posta fra queste due classi guida a conoscer bene l'indole e la natura delle diverse eccezioni perentorie, ed il modo come si possono sperimentare in giudizio, non che come si rendono esse trasmissibili e rappresentabili dai terzi, ai termini di ciò che è registrato nei libri della legge.

SEZIONE PRIMA.

DELLA PRIMA CLASSE DELLE ECCEZIONI PERENTORIE, CHE SORGONO CONTEMPORANEAMENTE ALLA NASCENTE AZIONE.

1.° Siamo primieramente quì a guardare l'eccezione con cui può dedursi la invalidità dell'atto da cui l'obbligazione e l'azione emerge. E quì si presenta il diritto di eccepire sul consenso dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo; cose tutte che rendono invalida l'obbligazione (1).

(1) Art. 1063 e segg. ll. civ.

L' eccezione dell' errore compete a colui che per errore promise ciò che non dovea, contro colui che seguendo lo stesso errore ricevette la promessa, e si fece cautelare con la stipulazione (1). Vi è l'esempio nella persona rustica, a cui questa eccezion si concede, perchè non gli nuoce l'errore del diritto (2). Però questa eccezione compete quando colui che per errore promette, crede di dovere ciò che nella promessa si contiene: altrimenti, se egli sa e conosce di non esservi causa di debito, non ha scampo nella eccezione, nè può ripetere il già dato *conditione indebiti* (3). L'errore porta alla nullità dell'atto, ai termini di ciò che è detto nell' art. 1064 ll. civ.

L'eccezione della violenza, che incute timore ai termini dell'art. 1066 ll. civ., compete a tutti coloro, che forzati ed impauriti promisero, e si obbligarono; ai loro eredi, e tutti gli altri che possono avervi interesse (4): Ed è esperibile contra tutti coloro che vogliono avvalersi delle promesse e ne chieggono la esecuzione; quantunque essi non fossero stati a parte della violenza (5). Gli effetti della violenza sono meglio spiegati negli articoli 1067, 1069 ll. civ.

Siegue l'eccezion del dolo: La sua ragione è detta da Ulpiano: *Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (6). Oggi i principii regolatori del dolo per potersi eccepire in giudizio, sono scritti negli articoli 1070, 1075 ll. civ.

2.° In secondo luogo viene quì l'eccezione della simulazione, *cum aliud simulatur, aliud agitur*. Nei contratti dee valere più la verità, che la scrittura (7); e se mai vi è finzione, la verità non può restar pregiudicata: *Acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt* (8). La simulazione intanto si distingue dal dolo: *Labeo autem* (ait) *posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse, et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari* (9); per cui essa vien definita: *Simulatio est fictio, seu ostensio falsi*

(1) L. 36 D. de verb. obl.
(2) L. ult. D. de dol. mal. et met. except.
(3) Ved. la L. 129 D. de reg. jur.
(4) L. 4 § 6 D. quod met. caus.
(5) Dict. L. 4 § 33 D. quod met. caus.
(6) L. 1 § 1 D. de dol. mal. et met. except.
(7) L. 1 Cod. plus val. quod agit.
(8) L. 2 Cod. eod.
(9) L. 1 § 2 D. de dol. mal.

pro vero, sive fraus interveniat, sive non interveniat; l'Oldendoprio (1).

L'oggetto che ha il reo in questa eccezione si è: *ut petat rescindi id, quod actum est, quatenus de facto processit,* Paolo de Castro (2); per cui nel giudizio non si esamina già l'azione nel modo come si è intentata, ma restando rivocato tutto ciò che nell'azione è compreso, si rivolge la cognizion della causa all'esame del vero fatto interceduto tra le parti: *Quaestio itaque facti per judicem vel praesidem provinciae examinabitur* (3): e nel decidersi si guarda *non quod scriptum, sed quod gestum est* (4).

La simulazione intanto può aver luogo 1.° Sulle persone, che figurano nei contratti, supponendosi una per un'altra: 2.° sulla cosa caduta nella contrattazione, facendosi comparire ciò, che non è stato veramente in oggetto dei contraenti: 3.° sulla natura del contratto, fingendosi un contratto per un'altro. L'esempio del primo caso della simulazione è nella *L.* 2 *C. plus valer. quod ag.*; e nella *L.* 6 *C. si quis alter. vel sib.*; ne' quali luoghi è fatta menzione del marito che compra col proprio denaro un oggetto, e fa comparire nell'istrumento il nome della moglie. L'esempio del secondo caso è nella L. 7 § *mutui D. ad Macedon.*; dove si dice che è in frode del Senato Consulto quel contratto, in cui mentre in realtà si da danaro a mutuo al figlio di famiglia, si esprime di essersi dato del frumento, del vino, o dell'olio. E l'esempio del terzo caso è nella L. 3 C. *plus val. quod ag.*; dove si parla della compra fatta *causa pignoris:* Ed un'altro esempio è ancora nella L. 5 § ult. e nella L. 6 D. *de distract. pign.* sulle quali così scrive il Cujacio: *Re eadem tribus creditoribus in solidum diversis contractibus obliga a, si secundus creditor, cui in eo pignore praeferebatur primus id ut obtineret et servaret sibi emeri a primo, huic pecuniae debitae tertio creditori offerendae jus potestasque est, quia non tam acquirendi dominii, quam servandi sui pignoris caussa, secundus creditor pignus emisse intelligitur. Atque ita non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur* (5).

(1) Oldendorp. Enchirid. except. Except. simulat.
(2) Paul. de Castr. ad tit. Cod. plus val. quod ag.
(3) L. 2 D. plus val. quod ag.
(4) L. 3 Cod. eod.
(5) Cuiac. lib. 16 observ. c. 26.

Per le leggi romane questa eccezione competeva agli stessi contraenti, potendo ognuno di essi dedurla in giudizio, malgrado che fosse stato l' autore, o il complice della simulazione; e passava anche agli eredi, ed era esperibile contra gli eredi (1). Recava ciò maraviglia a tutti gli interpreti, perchè era contrario al principio conosciuto, e conservato da tutte le leggi, cioè che niuno dee giovarsi della propria malizia: che le leggi soccorrono *deceptis non decipientibus :* e che non è lecito allegare, e molto meno dedurre in giudizio, e provare un fatto che dimostri la propria turpitudine. Ma queste difficoltà si erano superate, ed a tutto si rispondeva francamente nel modo che siegue: *Respondeo :* (dice l'Oldendorpio): *Procedit hoc casu talis allegatio. Primum quia opponitur participi turpitudinis. Deinde quoniam non fundatur tali exceptione, sed adiuvatur tantum intentione opponentis L. 1 et l. fin. C. de edend. Postremo excipiens tractat de damno vitando. L. Apud Celsum § Marcellus ait D. de dol. mal. Ait enim iniquam esse communem maliciam petitori quidem praemio esse : ei vero, cum quo agatur, poenae esse cum longe aequius sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi* (2).

Oggi però per le attuali nostre leggi civili è negata alle parti contraenti (negli affari puramente civili, tranne ciò che è scritto per le leggi di eccezione) la facoltà di venir contra il fatto proprio espresso, e consegnato in atti pubblici, o privati, e giovarsi della eccezione della simulazione. Si dovrebbe ricorrere alla prova testimoniale per dimostrare il *quod gestum*, diverso dal *quod scriptum*, ma osta imperiosamente l' articolo 1295 ll. civ. in cui è detto: *non si ammette veruna prova testimoniale, nè contra, nè oltre il contenuto negli atti.* Resta dunque giovevole solamente ai terzi, che ricevono pregiudizio, e danno dagli atti finti e simulati, la eccezione di cui trattiamo. Veramente finisce a questo modo ogni scandalo, e restano salvi quei principii, che le leggi di tutti i tempi hanno sempre accolti e protetti, e la stessa ragion naturale custodisce, e reclama. È cosa non onesta il confessare la propria frode, e dimostrarla, per tirarne profitto: *cum profitearis, in fraudem te alterius do-*

(1) L. si non verum C. de donat. int. vir. et uxor. L. quamvis L. cum propria C. si quis alter. vel sib.
(2) Oldendorp. loc. cit.

nasse, professionem inhonestam continere intelligis (1). Ed è contra i buoni costumi l'allegare, ed il sostenere in giudizio la propria turpitudine: *Mercalem te habuisse uxorem proponis: unde intelligis, et confessionem lenocinii preces tuas continere et caute quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudo versatur, ac solutae quantitatis cessat repetitio, tamen ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones juris auctoritate demonstratur* (2). Finalmente a coloro che sono ingannati, e non già a coloro che ingannano le leggi prestano soccorso; non esclusi da questa regola anche i minori di età, per gli quali le leggi stesse spiegano tutto l'impegno, ed hanno protezione particolare: *Cum justa statuta juris errantibus, non etiam fallentibus minoribus, publica jura subveniant* (3). Si senta al proposito il signor Toullier, il quale scrive in Francia, dove per questo lato ha luogo il diritto stesso, che oggi regna presso di noi.

« Sarebbe perdere il tempo, il voler oggi discutere; o « tentar di conciliare gli antichi arresti, profferiti *pro* o *con-* « *tra* l'ammessibilità della pruova testimoniale, relativamen- « te alla simulazione degli atti, quando non si tratta dell'in- « teresse dei terzi. Non si dee avere più alcun riguardo a « quelli, che si sono allontanati dai principii.

« Mi sembra dunque, che sotto l'impero della nuova le- « gislazione Francese, non si possano più elevar dubbii ra- « gionevoli sulla soluzione delle quistioni di sopra propo- « ste, ed altre simili, e che i soli terzi, i diritti de' quali « sono stati frodati per effetto della simulazione degli atti, « e non coloro che vi han concorso o consentito liberamente « e senza sorpresa, possono essere ammessi a provarla per « mezzo di testimoni, per la ragione ch'è stato loro impos- « sibile di procurarsene una pruova letterale.

« L'imprudente che riconosce di aver ricevuto una dote « o somma, che non gli è stata sborsata, o che si presta ad « una simulazione, senza prevedere che potrà un giorno

(1) L. 4 C. de revoc. donat.
(2) L. 5 C. de condict. ob turp. caus. Vedi la L. 26 27 D. de verb. oblig. L. 30 C. de transact.
(3) L. 2 C. si minor se maior dix. Vedi L. si sine Cod. ad Senat. Consult. Vellej.

« essergli di nocumento, dee soffrire la pena della sua non
« previdenza. Egli poteva, anzi doveva esigere una contro-
« scrittura, e la legge lo avea di ciò avvertito. Essa gli or-
« dinava di procurarsi una pruova scritta per qualunque
« cosa, che ecceda il valore di 150 franchi. Non avendo ciò
« fatto, egli ha trasgredito la legge, la quale per pena della
« sua disubbidienza, ed anche per motivo d'interesse pub-
« blico, vieta ai giudici di ammettere la pruova testimoniale
« che offre.

« Non si dee nè anche a questo riguardo far distinzione,
« come facevano alcuni parlamenti tra gli atti autentici e gli
« atti privati; tra quelli che contengono di essersi fatta in pre-
« senza dei notai la numerazione della moneta, e quelli che
« enunciano semplicemente di essere stata pagata la somma.

« L'art. 1276 del codice dispone, che la scrittura priva-
« ta, riconosciuta da colui al quale si oppone, o legalmente
« considerata per riconosciuta, ha contra quelli che l'han-
« no sottoscritta, ed i loro eredi o aventi causa la stessa fede
« dell'atto autentico. E l'art. 1274 contiene che l'atto, sia
« autentico, sia privato, fa fede tra le parti anche di ciò,
« che non è espresso se non in termini enunciativi, purchè
« l'enunciativa abbia un rapporto diretto con la disposi-
« zione.

« Quindi quando l'atto simulato non è stato nè sorpreso
« per dolo, nè estorto per violenza, la legge civile non la-
« scia all'imprudente soscrivente, in pregiudizio del quale
« se ne abusa, ai suoi eredi o a coloro che han causa da lui,
« altro mezzo che quello dell' interrogatorio su fatti ed ar-
« ticoli, e del giuramento. La pruova testimoniale di que-
« sto frodolente e colpevole abuso non è ammessa (1).

3.° In terzo luogo è posta qui fra le eccezioni peren-
torie della prima classe la lesione, allorchè tende ad annul-
lare il contratto, e per essa valgono le regole che si leggono
negli art. 1072, 1259, 1520 e seg. ll. civ.

4.° Per la incapacità a contrattare, che sta qui in quarto
luogo, a disporre, o a ricevere per donazione, o per testa-
mento sono scritti gli articoli 1078, 1079, 817, e seguenti
leggi civili.

5.° L'incertezza della cosa, su cui l'azione è fondata,

(1) Toullier comment. sul cod. civ. tom. 9 § 184.

o che essa non si trovi in commercio degli uomini, è regolata dagli articoli 1082, e segg. ll. civ.

6.° L' obbligazione senza causa o per causa falsa ed illecita può essere eccepita con le guide tratte dagli articoli 1085 e segg. ll. civ.

7.° Finalmente la forma non esatta ed illegale, e la mancanza dei solenni', che la legge richiede di essenza negli atti per la loro validità, trovano le disposizioni corrispondenti negli articoli 813, 817, 855, 892, 907, 964, ed altri ll. civ.; non che in tutto quello, che è scritto al proposito nelle leggi e nei regolamenti sul notariato.

SEZIONE SECONDA.

DELLE ALTRE ECCEZIONI PERENTORIE, CHE SORGONO POSTERIORMENTE ALL'AZIONE GIA' NATA E COMPETENTE.

Qui abbiam noi guardato le perentorie in doppio aspetto, cioè in quelle con le quali si allega estinta o risoluta l' obbligazione da cui l'azione emerge, e nelle altre con le quali si deduce che sia spento nell' attore il diritto a poterne fare lo sperimento in giudizio.

Alla prima classe appartiene principalmente l' eccezione del pagamento, voce generica con cui ogni obbligazione si estingue. Lo disse Giustiniano nelle sue Istituta: *Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur* (1): ed ivi numerò i varii modi comuni e proprii, con i quali questo pagamento può eseguirsi. Dei comuni ne rapportò sei; che sono: 1.° *Solutio*; 2.° *Compensatio*; 3.° *Confusio*; 4.° *Oblatio et consignatio*; 5.° *Rei interitus*; 6.° *Novatio*. E dei proprii ne assegnò due: 1.° *Acceptilatio*; 2.° *Mutuus dissensus*. Noi intanto abbiamo qui seguito a lettera il disposto nell'art. 1187 ll. civ. dove si parla della estinzione delle obbligazioni, ed abbiamo rapportate le eccezioni perentorie sotto questo aspetto, cioè: 1.° del pagamento, 2.° della novazione, 3.° della remissione volontaria, 4.° della compensazione, 5.° della confusione, 6.° della perdita della cosa, 7.° della nullità o della rescissione per effetto della condizione risolutiva già verificata, 8.° della prescrizione.

(1) Prin. Inst. quib. mod. toll. obl.

E senza intrattenerci qui ora nell' analisi delle eccezioni che a questi oggetti appartengono, siamo persuasi che nelle leggi civ. si trovi scritto abbastanza, onde poter conoscere quando queste eccezioni competono, come debbano essere regolate in giudizio, quale indole vi spieghino, quanta vita abbiano, e quali persone favoriscano.

Alla seconda classe di queste eccezioni, che hanno per oggetto il diritto già spento nell'attore a poterne fare uso in giudizio, abbiamo assegnate le eccezioni 1.° della cosa giudicata; 2.° della lite finita; 3.° della nuova convenzione; 4.° del patto di non dimandare; 5.° della transazione; 6.° della scelta già fatta elettivamente e disgiuntivamente di un altra azione dedotta in giudizio.

1.° Indubitatamente la cosa giudicata impedisce che l'attore sperimenti di nuovo in giudizio quell'azione, su cui si è già deciso definitivamente. Per aversi intanto il giudicato le leggi romane richiedevano che si trattasse 1.° *de eadem re vel ejus parte ;* 2.° *ex eadem causa ;* 3.° *inter easdem personas , o tra i loro* successori siano universali siano singolari (1). Lo stesso è oggi ripetuto nelle nostre attuali leggi civ. art. 1305.

2.° L'eccezione della lite finita differisce da quella della cosa giudicata, perchè la lite finita si ha quando nel corso del giudizio alla lite validamente si rinuncia. Contro a questa rinuncia, fatta secondo le regole stabilite dalla legge, non si può venire giammai, ancorchè la lite fosse giusta per parte del rinunciante (2); e quindi è sempre a lui d' ostacolo l'eccezione *litis finitae* (3), che gl'impedisce l'ingresso al nuovo giudizio (4). Anche sotto questa eccezione della lite finita, può dirsi che si comprenda oggi il caso in cui ha luogo la perenzione della istanza, nei giudizii però appellabili, in grado di appello. Questa perenzione di istanza in grado di appello fa passare in giudicato la sentenza dei primi giudici (5). In conseguenza la lite è finita.

3.° Segue la nuova convenzione. Di questa parlavano

(1) L. 7 § 3 4 D. de except. rei jud. L. 25 D. eod. L. 1 3 D. eod. L. 11 § 3 D. eod.
(2) L. Si quis cod. de reb. cred.
(3) L. 4 cod. de pact.
(4) L. 1 de lit. contest. in 6.
(5) Ved. Pigeau, e gli altri pratici.

segnatamente le nostre antiche prammatiche (1), e la Real Costituzione del 1738 al § 1 n. 15. Essa, opposta in giudizio ha forza di eccezione perentoria, che distrugge in tutto o in parte l'azione proposta. Potrebbe anche avere aspetto di eccezione modificativa, se non distruggesse, ma moderasse l'azione istessa (2).

4.° Il patto di non dimandare è una specie delle nuove convenzioni, il quale patto allorchè è assoluto, e non temporaneo, presenta una eccezione perentoria (3). Questo patto alle volte è reale, alle volte è personale: nel primo caso dà il diritto ad eccepire a tutti coloro, cui interessa il veder disciolta l'obbligazione, ed anche ai fidejussori (4): nel secondo caso giova soltanto alla persona, a favor di cui vien fatto, ed ai suoi eredi (5); esclusi in questo caso i fidejussori (6). Per conoscere se il patto sia reale, o personale, si dee congetturare non meno dalle parole, che dalla mente de' paciscenti; imperciocchè spesso il patto indica la persona, ma non col disegno di circoscriverlo a suo favore, bensì per dimostrare solamente con chi il patto sia interceduto (7).

5.° La transazione anche è una specie della novella convenzione, senonche la *transazione è un contratto, col quale le parti pongono fine ad una lite già incominciata, o prevengono una lite, che sia per nascere* (8). Più: essa è sempre *super re dubia, aliquo dato, vel retento, vel promisso* (9).

L' eccezion della transazione può comprendersi sotto quella della lite finita, e sta anche bene con la eccezione della cosa giudicata, alla quale per legge si assomiglia (10).

6.° Viene qui in ultimo luogo l'eccezion della scelta, già fatta in giudizio di un' altra azione di natura tale, che escluda il novello sperimento della seconda. A buon conto

(1) Pragm. 44 § 2 de off. mag. Iust. Pragm. 4 L. de dilat.
(2) Ved. Ric. de except. nov. convent. n. 1 e Amendolia de except. tit. 24 n. 368.
(3) L. 7 § 4 D. de pact.
(4) L. 21 § 5 L. 32 D. de pact.
(5) L. 17 § 3 L. 25 § 1 D. eod.
(6) L. 22 D. eod.
(7) L. 7 § 8 D. eod.
(8) Art. 1916 ll. civ. L. 2 C. de transact.
(9) L. 1 D. de transact. L. 38 C. eod.
(10) L. 20 C. de transact.

si apre l'argomento del concorso, e della cumulazione delle azioni in giudizio, su cui hanno sudato ben molto uomini insigni in giurisprudenza, come sono l'Ottomano (1); l'Illigero (2); il Bacovio (3); il Vinnio (4); e più di tutti, e con felice successo Giovanni Brunemanno nel suo aureo Trattato *de concursu, cumulatione et transmissione actionum*; non mancando anche fra i nostri chi ne abbia scritto bene a proposito, cioè il Gabriello (5) ed il Sanfelice (6). Ecco in breve esposta tutta la teoria. A comune sentimento di questi grandi uomini si sono prima di tutto distinti due concorsi di azioni, l' uno detto *elettivo*, ossia *disgiuntivo*, l'altro *cumulativo-successivo*. *L'elettivo* si è adottato in quelle azioni, delle quali, se l'una si sceglie, l'altra immantinenti si estingue; il *cumulativo* si è ritenuto in quelle altre azioni, che o possono tutte insieme istituirsi ad un tempo, o l'una dopo l'altra. Premesse queste cose, si è animata la disputa, trattandosi la quistione che l' Ottomano chiama *ardua, multiplex, et confragosa* (7).

Per lo concorso elettivo delle azioni fanno due testi di Ulpiano. L' uno è questo: *Quotiens concurrunt plures actiones, ejusdem rei nomine, una quis experiri debet* (8). L'altro è questo: *Eligere quis debet, qua actione experiatur... quum sciat sibi regressum ad aliam non futurum* (9). Ma poi altri luoghi dei libri del diritto romano a questi due testi si oppongono; onde la ragione del contendere e del disputare. L' Ottomano a cui la quistione sembrò tanto difficile, par che si fosse tratto d'impiccio con più prestezza degli altri, facendo una distinzione tra le revindicazioni e le azioni personali, e credendo decisamente che in queste seconde potesse aver luogo il concorso cumulativo, non già nelle prime. Egli si lasciò persuadere dal rinomato testo di Paolo nella *L.* 14 § 2 *D. de except. rei jud.* che è in questi termini: *Actiones in personam ab actionibus in rem*

(1) Hotom. Illustr. quaest. XXIX.
(2) Illiger. ad Donell. lib. 21 cap. 3.
(3) Bacov. de act. disp. 8 § 16 et ad Treutler. vol. 2 disp. 13 lit. E.
(4) Vinn. partit. jur. lib. 3 cap. 41.
(5) Gabriell. conclus. lib. 2 conclus. 2.
(6) Sanfelic. decis. 72.
(7) Hotom. loc. cit.
(8) L. 43 § 1 D. de reg. jur.
(9) L. 9 § 1 D. de tribut. act.

veri exceptione rei judicatae, quia hanc causam in prius judicium non deduxit (1). Non altrimenti scrive Dionisio Gotifredo (2).

Dunque anche nelle vindicazioni può aver luogo il concorso cumulativo: e non meno nelle vindicazioni, che nelle azioni personali, per saperc, se il concorso sia elettivo o cumulativo, si ha da por mente alla causa d'onde nasce l'azione, non alla cosa, a cui l'azione è diretta. Quindi si eleva la massima, che se più azioni nascono dalla medesima causa, elettivo è il concorso, e se l'attore non sa scegliere l'azione che più gli giova, suo è il danno. Così per cagion di esempio, dal contratto del servo fatto con la scienza del padrone sulla merce *peculiare*, nascono due azioni, l'azion *tributoria*, e l'azione del peculio: di queste, scelta l'una, si estingue l'altra; onde parlando di esse Triboniano, scrisse: *Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet* (3). E perchè? Perchè nascono dalla medesima causa; cioè dallo stesso contratto: *Quaeritur*, dice il Bacovio, *an actio tributoria, et de peculio concurrant: quod recte negatur; nam descendunt ex una causa* (4).

Per contrario l'altra massima che si eleva si è, che se più azioni nascono da diverse cause, il concorso è cumulativo, nè la scelta dell'una fa che l'altra si estingua, ben potendosi istituire o tutte ad un tempo, o l'una dopo l'altra, secondochè richiede la varia natura di esse: e cotesto concorso *cumulativo* ha luogo, sebbene tutte le cause riguardino la medesima cosa. Così maestrevolmente il Vinnio: *competunt plures actiones coniunctim, quum ex diversis causis plures competunt ad idem consequendum:* ed allora, *omnibus experiri licet*, come lo stesso Vinnio soggiugne, *ac separatim possunt exerceri, nec altera peralteram consumitur* (5). Ben molti esempii ne abbiamo nelle pandette: Eccone alcuni.

Contro al socio, che ha rubato il danaro comune, vi è l'azione del furto, e vi è ancora l'azione *pro socio;* nè per la scelta che si fa dell'una, l'altra si perde: *Rei communis*

(1) Cuiac. tom. 5 pag. 821 edit. neap.
(2) Gothofr. ad cit. L. 14 § 2.
(3) § 5 Instit. lib. 4 tit. 7.
(4) Bacov. loc. cit.
(5) Vin. loc. cit.

nomine, dice Ulpiano, *cum socio furti agi potest : sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet* (1). La ragione si è, perchè di queste due obbligazioni l'una nasce dal delitto, l'altra dal contratto.

Mi si dovea Stico in virtù di stipulazione: prima di darmisi fu lasciato a Tizio nel testamento a titolo di legato: indi Tizio scrisse me erede. Ho io, perchè mi si dia Stico, due azioni, l' una *ex stipulatu*, l' altra *ex testamento :* nè perchè ho scelta l' una, ho perduta l'altra. Così scrive Giuliano: *Si quis Sthicum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Sthicus debebatur, si ex testamento Sthicum petierit, non consumet stipulationem : et contra, si ex stipulatu Sthicum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret* (2). Ben si vede qui, che l'una nasce dalla stipolazione, l'altra dal testamento, e diversa è l' una causa dall' altra.

Ho istituita contra te la vindicazione, e mi compete ancora contra te l'interdetto *unde vi*. Ben posso usare dell'interdetto, pendente il giudizio della vindicazione, come è deciso da Papiniano: *Eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio, nihilominus interdicto recte agere placuit* (3). La ragione si è, perchè niente ha di comune la proprietà col possesso, come scrisse Ulpiano (4).

Fissati questi principii di diritto, si va facilmente alla spiega di quei due testi di Ulpiano qui di sopra trascritti: *Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet*, quell'*unius rei nomine* è da intendersi della stessa causa di più azioni, come se si fosse scritto *unius obligationis causa*, non già della stessa cosa, a cui più azioni sono dirette: tanto più, che se così non s'intendesse, sarebbe contrario a se medesimo Ulpiano, che altrove scrisse. *Numquam actiones (praesertim poenales) de eadem re concurrentes, alia aliam consumit* (5). Alla stessa causa è

(1) L. 45 D. pro soc.
(2) L. 18 D. de obl. et act.
(3) L. 18 § 1 D. de vi et vi arm.
(4) L. 12 § 1 D. de adquir. poss.
(5) L. 130 D. de reg. jur.

ancòra da riferire il secondo dei due testi suddetti: *Eligere quis debet, qua actione experiatur, quum sciat sibi regressum ad aliam non futurum:* nè ce ne fa dubitare il titolo *de tributoria actione*, sotto il quale è posto. Parla quivi Ulpiano dell' azion *tributoria*, e dell' azion del *peculio*, le quali nascono, come abbiam veduto, dalla medesima causa, cioè da un' istesso contratto del servo: onde il Gabriello, avendo proposta la regola tratta dal detto testo di Ulpiano, dice: *Secunda conclusio, quam ponit jurisconsultus est, quod electa una actione, alteri ad idem competenti censetur renunciatum;* e la spiega poi dicendo, che sia da intender nel caso, *quum agatur ad idem, et ex eadem causa, secus vero, quum agitur ad idem, sed ex causa diversa, quia unius electione, altera non electa non tollitur* (1).

Sempre a buon conto in questa materia si confermano due massime, che formano regola: cioè 1.° che se più azioni nascono dalla medesima causa, il concorso è elettivo: 2.° se più azioni nascono da cause diverse il concorso è cumulativo, ancorchè tutte le cause riguardino la medesima cosa (2). E quindi è assai ben posto l'esempio che al proposito della prima regola allega il Pigeau: *Carlo* (ei dice) *ha contratta l' obbligazione verso Paolo di mettergli a coltura venti ectari di bosco, impegnandosi di pagargli mille franchi in mancanza di adempimento. Carlo non mette mano all' opera, onde a Paolo rimane la scelta, o di molestarlo per la esecuzione dell' obbligazione principale, o di esigere i mille franchi stipulati nella clausola penale (Cod. civ. art. 1228). In tal modo ha l' adito libero di esercitar due azioni, senza però poter dimandare ad un tempo stesso ambe le cose (ivi art. 1229). Se ha fatta la sua scelta, se per esempio ha prescelto di chiedere i mille franchi, non sarà poi ammissibile, se abbandonata questa dimanda, vorrà sollecitare l' esecuzione della principale obbligazione* (3). Qui le azioni nascono dalla stessa causa; dunque il concorso riesce elettivo.

(1) Gabriell. loc. cit. n. 1 e 16.
(2) Sulla prima regola è fondato l'art. 1181 e l'art. 1182 Il. civ.
(3) Pigeau lib. 2 part. 1 sez. 7.

SEZIONE TERZA.

DELLE VARIE SPECIE DELLE ECCEZIONI MODIFICATIVE.

1.° In primo luogo si offre quì l'eccezion del beneficio della divisione: questa eccezione compete ai fideiussori contra il creditore principale, ed ai correi del dovere l'un verso l'altro, allorchè contendono tra di loro in giudizio per essere rimborsati. Essa è una eccezione perentoria modificativa: si può opporre anche dopo la sentenza, ed impedisce l'esecuzione di essa. Certamente allorchè più persone si sono costituite fideiussori per un medesimo debitore, *ciascuna di esse, se non ha rinunciato al beneficio della divisione, può pretendere che il creditore divida preventivamente la sua azione, e la riduca alla parte di ciascuno dei fidejussori* (1).

Per gli condebitori poi è scritto, che se taluno di essi paga per intero il debito solidale, può ripetere dagli altri condebitori la quota e porzione di ciascuno (2). In questo caso adunque, se si dimanda contra il condebitore una somma maggiore della sua quota, può il convenuto pretendere, che l'attore divida preventivamente la sua azione, e la riduca al giusto.

In tutte queste operazioni, sia che il fidejussore opponga il beneficio della divisione, sia che l'opponga il condebitore, sempre l'eccezione è modificativa sotto il doppio rapporto, e perchè modera, e restringe l'azione; e perchè si può opporre dopo la sentenza, ed impedisce la esecuzione di essa (3).

2.° Segue l'eccezione che riguarda il beneficio dell'inventario. La legge accorda agli eredi dei termini a poter fare l'inventario, ed a deliberare (4): prescrive il modo come questo inventario debba essere regolato (5); e dopo fatto ritualmente l'inventario, promette due beneficii all'erede: 1.° *Che non sia tenuto al pagamento dei debiti eredi-*

(1) Art. 1898 ll. civ.
(2) Art. 1267 ll. civ.
(3) L. 26 L. 51 § 1 D. de fidejus. L. 2 11 14 C. eod.
(4) Art. 712 715 717 ll. civ.
(5) Art. 1017 e segg proc. civ.

tarii, se non fino alla concorrente somma del valore dei beni ad esso pervenu'i; ed anche che possa liberarsi dal pagamento dei debiti coll' abbandonare tutti i beni della eredità ai creditori ed ai legatarii. 2.° Che non sieno confusi i suoi beni proprii con quelli della eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di chiedere il pagamento dei suoi crediti (1).

O dunque si tratta del caso, che decorrono i termini utili a fare l' inventario; e l' erede si giova di questa eccezione per esservi abilitato: o si tratta del caso in cui l' erede abbia già fatto ritualmente l' inventario; ed egli a questa eccezione si tiene per goderne i beneficii. L'eccezione intanto è perentoria modificativa, perchè indebolisce l' azione, riducendola ai termini cui in beneficii accordati la permettono; ed essa può esser proposta anche dopo la sentenza, modificadola e riducendola ai termini della legge.

3.° La separazione dei patrimonii dà luogo ad un'altra eccezion perentoria modificativa, sia perchè essa è diretta ad infievolire, e risecare l' azione proposta, sia perchè può opporsi anche dopo la sentenza, impedendone intanto l' esecuzione. Qui l' affare è tra i creditori ereditarii, ed i creditori proprii dell'erede, avendo in oggetto i primi di mettere in salvo le loro ragioni e non confonderle con quelle dei secondi. La teoria, che trae origine dall' Editto del pretore (2), è nelle nostre leggi civili articolo 798, e seguenti.

4.° *Qualunque erede ancorchè beneficiato, concorrendo ad una eredità, dee conferire ai suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, sì direttamente, che indirettamente,* art. 762 ll. civ. Or questa coll'azione appunto de'beni può aprire l'adito ad un'altra eccezione perentoria modificativa per parte dei coeredi, cui interessa. Non vi ha dubbio, che questa eccezione scema di molto il profitto dell'azione ereditaria proposta: e non può difficultarsi che essa compete anche dopo la pronunziazione della sentenza, portando impedimento all'esecuzione. Il modo come la collazione dee esser dedotta, e regolata in giudizio, si trova espresso negli articoli 793 e segg. ll. civ.

5.° *In ogni caso di devoluzione, l' enfiteuta ha diritto di pretendere il compenso per le migliorazioni ec.* Articolo

(1) Art. 719 ll. civ. L. ult. § 4 C. de jur. delib.
(2) L. 1 § 1 6 D. de separat.

1703 ll. civ. La dimanda di queste migliorazioni non in altra forma si produce, che in quella di eccezione perentoria modificativa; la quale proposta dopo la sentenza, ne ritarda sicuramente l'esecuzione. Questa eccezione compete non solo agli enfiteuti, ma ad ogni altro possessore di beni, che sia obbligato a rilasciarli; non essendo giusto che egli spenda per migliorare ciò che lascia, e che l'attore arricchisca a suo danno (1).

6.° La cessione dei beni dà occasione ad un'altra eccezione perentoria modificativa, quantunque sia momentanea, come dice l'Oldendorpio; *momentanea itaque est haec exceptio, tantisper eum defendens, donec possit solvere, habita ratione egestatis* L. 4 et L. *qui bon. suis D. de cess. bon. Interim effectum habet, ne procedatur ad condemnationem, et condemnatus detrudatur in carcerem.* L. 1 C. *qui bon. ced. pos.* (2). Ecco dunque, che impedisce l'esecuzione della sentenza, ed esime il debitore dall'arresto personale (3); e per questo lato ha il carattere di eccezione modificativa. Più: snerva l'azione, ed inabilita l'attore ad agire, al di là dei beni ceduti, fino a che dura lo stato bisognoso del cedente. *Item si unus,* scrive Ulpiano, *ex litigatoribus bonis suis cedat, Julianus* lib. IV D. *scribit, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, cum neque agere, neque conveniri possit* (4). E questa eccezione compete a lui, non solo in faccia a coloro *quibus cessit;* ma ancora in faccia ad ogni altro, che poscia pretendesse di agirgli contro. *Fabius et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse conveniri* (5).

Nelle nostre leggi civili si parla della cessione dei beni volontaria e giudiziaria, e si danno le norme, onde conoscere quando essa competa, a favor di chi possa essere ammessa, e quali siano gli effetti che produce (6).

(1) L. 38 D. de her. petit.
(2) Oldendorp. enchirid. Except. cession. bonor.
(3) Art. 1224 ll. civ.
(4) L. 17 princ. D. *de recept. qui arbitr. recep.* — Ved. § ult. Instit. *de replicat.* Ved. il cit. art. 1224 ll. civ.
(5) L. 4 § 1 D. de cess. bon.
(6) Art. 1218 e segg. ll. civ.

CAPITOLO QUARTO.

DELLE RICONVENZIONI.

Art. lxi. Il reo convenuto in giudizio può riconvenire l'attore per qualsivoglia causa, anche diversa da quella, che contro di lui si è introdotta; meno che non incontri ostacolo legale :

1. Nella persona dell'attore, a cui la riconvenzione è rivolta :

2. Nella persona del giudice, o nel tribunale, che dee conoscere e giudicare della riconvenzione.

Art. lxii. Non vi è luogo a riconvenzione a proprio nome per l'attore, che agisce in giudizio in nome alieno, come il tutore, il curatore, il procuratore, l'amministratore, e simili.

Il socio, che sta in giudizio a nome comune della società, non può essere riconvenuto, nè può riconvenire a nome suo proprio.

Il garante è impedito ad agire, riconvenendo colui che agisce in evizione.

Art. lxiii. Non è permesso di riconvenire innanzi al giudice, che si ritrova incompetente, per incompetenza assoluta, nella causa della riconvenzione. Ed è salva sempre la ricusa del giudice, che in questa causa riesce sospetto.

Art. lxiv. Il giudice dato particolarmente a certe, e determinate cause, o a somme certe, e limitate, non può esser giudice in riconvenzione, quando con essa si sorpassi il confine delle sue attribuzioni: resta egli in tal caso competente

nella causa primitiva, ed incompetente nella causa riconvenzionale. Che se la riconvenzione si ritrovi fondata sullo stesso titolo dell'azione primitiva, egli risulta incompetente nell'una causa, e nell'altra.

Nelle cause di certa somma, nelle quali il giudice può decidere inappellabilmente fino ad una data quantità, il solo valore dell'azione primitiva, senza aggiugnervi quello della riconvenzione, determina, se la sentenza sia o no appellabile.

Art. lxv. Non si da riconvenzione sopra riconvenzione; meno che non si tratti di riconvenire il reo per ragione, ricavata dal titolo, che ha servito di base alla riconvenzione.

Art. lxvi. Innanzi agli arbitri non vi è luogo a poter riconvenire.

Art. lxvii. La riconvenzione giudiziale è un mezzo legittimo, con cui resta prorogata di diritto la giurisdizione de'giudici, e dei tribunali.

Art. lxviii. La dimanda riconvenzionale può essere prodotta in prima istanza in qualunque stato la causa si ritrovi. Essa non ha più luogo dopo la sentenza, al tempo della esecuzione; nè può prodursi in grado di appello.

Art. lxix. Se la riconvenzione si produce in prima istanza, pria che la causa sia nello stato di essere decisa, essa può riunirsi alla causa primitiva; per modo che venga istruita e decisa simultaneamente, e con una sola sentenza, che abbia due dispositivi, riguardanti 1.° la causa principale, 2.° la causa in riconvenzione.

L'istruzione della causa in riconvenzione può essere diversa da quella della causa primitiva; restando i giudizii separati.

Nei giudizii possessoriali, e nelle cause di spoglio, sia semplice, sia qualificato, non ha luogo la riconvenzione per oggetto diverso, se non dopo che si son corrette le turbative, e l'attore è stato pienamente reintegrato nel possesso primiero.

Art. lxx. L'attore primitivo contumace non impedisce, che il reo prosegua il giudizio, spignendo innanzi la causa principale, e quella della riconvenzione. E se l'attore del tutto desista, il reo ha il diritto di far camminare il giudizio riconvenzionale, mettendosi silenzio all'azione primitiva contro di lui intentata.

Art. lxxi. La perenzione d'istanza del giudizio primitivo non porta seco quella del giudizio riconvenzionale; nondimeno, se il reo dopo ciò è moroso anche egli nell'agire, non è impedito all'attore primitivo il dimandare, che si dichiari perenta, se vi è luogo, eziandio l'istanza in riconvenzione.

I dottori, che hanno scritto in materia, quasi tutti, chi più chi meno, hanno versato sopra i seguenti oggetti: 1.° sulla natura della riconvenzione, col disegno di conoscere in quali cause possa aver luogo: 2.° sul tempo in cui essa debba prodursi in giudizio: 3.° su gli effetti legali, che vi produce. Or queste cose hanno guidato noi nel sistemare qui gli articoli dal n. 61 in avanti; e con questo stesso ordine ci regolano nelle spiegazioni che andiamo a farne.

SEZIONE PRIMA.

DELLE CAUSE NELLE QUALI PUÒ AVER LUOGO LA RICONVENZIONE.

1. Papiniano inventore della teoria ammise la riconvenzione, ma nella stessa causa: *in eodem negotio;* cioè come nota il Gotifredo, *in eadem lite, non diversa*. E la ragione onde egli si mosse, obbligando l'attore a stare alla riconvenzione, è così espressa: *Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur* (1).

Ma Giustiniano che seguì la dottrina di questo grave giurisconsulto, ampliò la forza della riconvenzione, e la estese ad ogni qualunque causa, anche diversa da quella, in cui essa faceva parte. Si rileva ciò, per sentimento comune di tutti gli scrittori, dalla Novella 96 capitolo 2, dalla quale è tratta l'Autentica *Et consequenter cod. de sent. et interl. omn. jud.;* nei quali luoghi si fa eccezione al diritto di riconvenire soltanto, quando riuscisse sospetta la persona del giudice: e ben si comprende, che la sospezione del giudice dee intendersi quì per causa diversa da quella già introdotta dall'attore; altrimenti non potrebbe concepirsi, come egli, dopo aver adito un giudice, lo potesse allegare per sospetto (2). Conferì anche all'ampliazione del diritto a riconvenire il disposto nel gius canonico nel *Cap.* 1 e 2 *de mut. petit.* e nel *Cap.* 3 § *Reus quoque de rescript. in* 6. Per lo che non si è poi dubitato mai più di questa teoria.

Lo Specolatore Guglielmo Durando, che è alla testa di

(1) L. 14 cod de sent. et interl.
(2) Vedi l'Illigero lib. 17 cap. 18 not. 11 al Donello.

tutti, scrive così: *Nunc dicamus de quibus rebus, vel causis fieri potest (reconventio). Et quidem de omnibus, exceptis criminalibus* (1).

Ulrico Ubero definisce la riconvenzione: *Reciproca actio per quam reus actorem apud suum judicem de alia causâ convenire potest, contrahendi lites gratia;* e poi nella spiega che fa *de alia causa,* soggiugne: *sine distinctione, qualis sit actio, in rem aut in personam, poenalis an rei persecutoria, bonae fidei, an stricti juris; non tamen, si criminalis sit; ec.* (2).

Ed il Perezio, con più chiarezza e maggior precisione: *Ceterum, non est necesse ut negotium per reconventionem objectum, oriatur ex eadem causa, quae causavit conventionem, nam etiam ex diversa ortum, suppeditat reconventioni materiam; quod jus novissimum probat in aut. Et consequenter, desumpta ex novella 96, quae et in diversis negotiis admittere videtur reconventionem, uti communiter est receptum, quod ipsum est contra jus prius L. 14 cod. de sent. et interl., quae tantum videtur concedere reconventionem in causa, dependente in negotio moto ex conventione* (3).

Consuona con questi autori il Voet, il Maranta, e con essi tutti gli altri; rilevandosi per oggetto, e per fine principale della riconvenzione così ampliata, il bene ed il comodo pubblico, che consiste nell'abbreviare, e nel troncar le liti: *Finis reconventionis est bonum publicum, quod in eo consistit, quia lites simultaneo processu facilius absolvantur, minorique sumptu decurrant: tractanda enim utraque causa successivis vicibus cap. 1 e 2 de mut. pet.* (4).

Stando dunque noi a questi principii, e seguendo le dottrine degli esposti autori, abbiam detto nell'art. 61 che il *reo convenuto in giudizio può riconvenire l'attore per qualsivoglia causa, anche diversa da quella che contro di lui si è introdotta*. Non ci ha rimossi da questo sentimento l'autorità, per altro sempre rispettabile, del signor Toullier, il quale gagliardamente si oppone al sistema generale, e sostiene esercibile la riconvenzione soltanto nel senso in cui

(1) Speculat. de reconvent. § 2.
(2) Huber. ad pand. de quib. reb. ad eund. jud. eat.
(3) Perez. ad cod. tit. de sent. et interl. n. 22.
(4) Perez. dicto loco n. 23.

fu da Papiniano inventata, ed ammessa; *in eodem negotio*. Egli il signor Toullier segue in questo l'antica giurisprudenza francese, nascente dall'articolo 106 della consuetudine di Parigi, riformata al 1580, nel quale articolo fu detto: *La riconvenzione non ha luogo, se non dipenda dall' azione, e che la dimanda di riconvenzione sia la risposta avverso l'azione da prima intentata*. O, come esprime Loisel (Lib. 5 tit. 2 reg. 2), *La riconvenzione non ha luogo se non nella stessa cosa, che forma l'oggetto del piato*. Ma mentre a questa giurisprudenza si attiene il signor Toullier, e protesta che le nuove leggi hanno serbato silenzio intorno alla riconvenzione, egli non dissimula, che per riempiere questa lacuna furon fatte delle osservazioni in Francia sul progetto del Codice di procedura, *e che queste osservazioni proponevano di ammettersi la riconvenzione in tutti i casi nei quali non sia dalla legge vietata, e come era ammessa dal nuovo diritto romano, e dal diritto canonico, cioè a dire come un mezzo da prorogare la competenza di un tribunale, e di sottoporne al suo giudizio tutte le contro-pretenzioni del reo, anche non connesse alla dimanda originaria, o principale* (1). Queste osservazioni di cui parla il Toullier, sono quelle stesse, che noi sovente abbiam citato in questo trattato sotto la indicazione di *Teoria delle azioni, eccezioni e giurisdizione, proposta dalla Corte di Cassazione;* la qual Teoria scritta a modo di progetto di legge, fu tradotta in italiano nel 1809, e stampata in Milano; trovandosi anche essa trascritta a lettera nella raccolta del Syrei (anno IX pag. 1 e seg.); ed in questo progetto nell'articolo 143, è espresso quello, che annuncia il sig. Toullier.

Or questa confessione del signor Toullier, ed il fatto permanente della opinione, emessa da'sommi uomini, che furono gli autori del progetto, ci giustifica abbastanza nel sentimento in cui siam fermi, per sostenere intorno alla riconvenzione, non già la consuetudine di Parigi, ma il sistema generale di giurisprudenza ricevuto dappertutto. Anche gli autori del progetto in Francia si credettero abilitati a rivenire sull'antica giurisprudenza, e correggerla, adattandosi a ciò, che negli altri fori di Europa comunemente era osservato.

(1) Toullier tom. 7 n. 360.

2. Abbiamo soggiunto però nel detto articolo 61 che si eccettuano dalla regola generale quelle cause, nelle quali per la riconvenzione si trova ostacolo, o nella persona dell'attore primitivo, che per circostanze particolari non si trovi atto ad esser riconvenuto; o nella persona del giudice, che dee conoscere della riconvenzione.

In quanto all'attore primitivo, non è riconvenibile a nome suo proprio, nè può riconvenire in giudizio a proprio nome colui, che agisce a nome alieno, come sarebbe il tutore, il curatore, il procuratore, l'amministratore ec. Bensì vi è luogo per lui a riconvenzione nel nome in cui agisce. La ragione è detta dal Voet: *Proinde, etsi tutor, curator, procurator, administrator, aliique similes pro pupillis, ac aliis, quorum curant negotia, agentes, reconveniri quidem possint de eo, quod vicissim pupilli ac reliqui, pro quibus in judicio consistunt, reo convento, dicuntur debere; non tamen de eo, ad quod dandum, faciendum, praestandum, restituendum ipsi nomine suo proprio, non qua tutores, aut administratores obligati sunt; ne, dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant, ac differunt, commoda pupillorum, eorumve, quorum res gerunt, neglecta depereant. Uti vice versa tales suo nomine proprio experiuntes, reconventionem pati non tenentur de eo, quod reo convento debitum ab his, quorum tutelam aut negotia tractant* (1).

Ed Ulrico Ubero: *Sed actorem oportet esse qui suo nomine convenitur; alieno nomine agentes, de propria causa reconveniri non possunt, veluti tutores, curatores, procuratores, actores universitatum, et similes, nomine suorum pupillorum et mandantium agentes, de suis debitis eodem judicio respondere non coguntur, ne causae eorum, quibus praesunt retardentur. Sed eosdem pro suis pupillis et mandatoribus reconventionem suscipere cogi, res ipsa loquitur* (2).

Similmente non può esser riconvenuto, nè può riconvenire in giudizio a nome suo proprio il socio, che agisce a nome comune della società. Si senta lo stesso Voet, che così vi ragiona: *Sed nec unus ex sociis, communi societatis nomine actionem movens, reconventionem pati tenetur nomine*

(1) Voet ad tit. de judic. n. 81.
(2) Ubero ad tit. de quib. reb. ad eund. jud. n. 4.

ejus, quod ipse privatim, non societatis intuitu, reo debet, aut vice versa: tum quia nec compensationem in tali casu admitti censent, ut dicam tit. de compensat. tum, quia non ita singuli socii, uti quidem haeredes singuli, secundum ante dicta, tanquam actores separati considerari possunt, nec pro sociorum numero multiplicati censentur actores aut actiones, quando societatis nomine lis movetur; sed magis una actio est universitatis sociorum, quemadmodum non multiplex, sed una tantum obligatio, et actio est, cum non res singulae, sed rerum universitas in conventionem deducta est l. Scire debemus 29 *l. quod dicitur* 86 *D. de verb. obl.; tum denique, quia universitati sociorum debitum, non singulis, qua singulis, debitum est arg. l. sicut* 7 § 1. *D. quod cujusq. univers. nom. nec reus conventus tam cum actore, quam potius cum societate contraxisse videtur; ac proinde alia qualitate reconveniretur actor, quam qua primitus coepit experiri; agendo scilicet societatem ac socios conjunctim repraesentans, in conventione autem ex propria tantum persona privatim consideratus. Berlichius d. part.* 1 *conclus. pract.* 22 *n.* 15 (1).

Il garante anche è impedito ad agire, riconvenendo l'attore in evizione: *Similiter nec actor reconventionem pati tenetur ab eo, quem reus ad sui defensionem vocavit, ut puta, si emptor, aliusve similis de re sibi vendita, aut aliis ex causis quaesita litem patiens, autori denunciaverit, ut sibi adsistat, aut se defendat, ac ab ea actione, qua convenitur, praestet indemnem. Cum enim actor in conventione nullam autori, sed emptori, similibusque litem moverit, absurdum esset autorem nulla lite ab actore interpellatum reconventionem facere, quae utique praecedentem supponit, ac requirit conventionem* (2).

E lo stesso scrittore s' impegna poi a dimostrare, perchè mai questa regola non valga, allorchè si tratta di trovarsi convenuti in giudizio più coeredi, a nome comune. Ecco come egli distende il dotto suo ragionamento, che certamente riesce qui opportuno, e giovevole: *Non etiam impeditur unus ex pluribus reis, puta, coheredibus simul conventis, reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum ceteris ejusdem litis consortibus com-*

(1) Voet dict. loc. n. 82.
(2) Voet loc. cit. n. 83.

mune est. Et vice versa, idem obtinet, si unus a pluribus coheredibus actione quadam hereditaria conventus, unum ex heredibus alia ex causa vicissim debentem, mutua velit impetere conventione. Cum enim nomina, et actiones ipso jure inter coheredes divisae sint, ac singuli separatim pro portione hereditaria debeant, ipsisve debeatur. L. 2 § ult. L. 3 L. 25 § 9 13 D. *Famil. ercisc.; consequens est, ut, etsi simul agant, aut conveniantur, perinde tamen considerandi veniant, ac si singuli seorsim actionem intentassent, aut excepissent intentatam; tot denique videri debeant actiones motae, quot personae simul agunt, aut conveniuntur, sic ut et singuli heredes separatim pro sua quisque parte agere, ac conveniri quaeant.* L. 1 § 36 D. deposit. L. 1 cod. de except. (1).

3. In quanto poi al giudice, che dee conoscere e giudicare della riconvenzione, egli è sempre impedito, quando nell' affare riconvenzionale si ritrovi la sua incompetenza assoluta, per ragione di materia; come sarebbe, se innanzi ad un tribunale di commercio, che è giudice di eccezione, si volesse riconvenire l'attore per un'affare puramente civile: e nel tribunal civile si pretendesse di affacciar la riconvenzione per causa penale, ovvero per affare riguardante il contenzioso amministrativo: e se nelle G. Corti Criminali si tentasse di riconvenire per azioni civili. Il giudice, la cui giurisdizione vuol vedersi prorogata, bisogna che abbia questa giurisdizione, altrimenti essendone egli assolutamente privo, per modo che nè anche sopra i suoi giudicabili può esercitarla, inutilmente verrebbe ad essere invocato da altri, che a lui pretendono di sottomettersi. *Sed nec apud omnem judicem reconventio recte fit. Etsi enim nihil intersit, utrum judex ordinarius, an delegatus sit, aut etiam certis tantum causis judicandis constitutus, quoties reconventio etiam ex tali causa fit, quae ejus potestati et cognitioni commissa est . . . non tamen indulgendum est, reconventionem fieri apud eos de causis talibus, quae ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione possent per eos determinari: veluti, si conventus apud judicem ordinarium de re non feudali, adversarium vellet de re feudali reconvenire; aut vice versa de re feudali apud judicem feudalem impetitus, eun-*

(1) Voet loc. cit. n. 78.

dem de negotio, ad ordinarii judicis notionem pertinente tentaret vicissim interpellare (1).

Ed il nostro Lionardo Riccio: *Reconventio cessat etiam, quando causae natura repugnat, ut quia reconventio fieret de specie causarum penitus separata ab illis, de quibus potest cognoscere judex conventionis. Exemplum, si coram judice causarum criminalium fit reconventio de causa civili, vel coram judice seculari fit reconventio de causa spirituali, vel coram judice meri vel mixti imperii de causa liberali; de quibus causis non potest principaliter cognoscere, quia tunc reconventio in omnibus istis causis, et similibus, cessat, et locum non habet. Et ratio assignatur, quia dum judex conventionis pro istis causis caret omni jurisdictione in suos subditos, non potest illam jurisdictionem, quam non habet in suos, extendere et prorogare in alios, non sibi subditos, et sic jurisdictio, quae non est apud judicem, non potest prorogari, cum non entis nullae sint qualitates, ut late Maranta in part.* 4 *distinct.* 6 *n.* 31 *et* 33 (2).

Risulta anche impedito a giudicar della riconvenzione il giudice, che si scovra sospetto nella causa riconvenzionale. Giustiniano già previde questa sospezione, e quindi nella citata Nov. 96 ammise la ricusa del giudice; dicendo al proposito il Voet: *Nisi cum* (judicem) *in causa reconventionis possit suspectum arguere Nov.* 96 *cap.* 2 (3). La sospezione qui va intesa, allorchè dessa è attaccata al merito, ed alla qualità della causa, e non già al rapporto delle persone dei litiganti. Onde oggi per le ricuse, additate nelle leggi della procedura civile sotto l'art. 470, ai numeri 3, 8, 9, può restare impedita la riconvenzione. Più: anche ora non può esservi luogo a riconvenzione, se la causa riconvenzionale venga a risvegliare un' idea di sospezione legittima nel tribunale, dove è portata, ai termini dell'art. 133 della legge organica (4).

4. Il giudice poi dato particolarmente a certe, e determinate cause, o a somme certe, e definite, egualmente mette

(1) Voet dict. loc. n. 85.
(2) Riccio de reconvent. n. 15.
(3) Voet dict. loc. n. 78.
(4) Vedi ciò che abbiamo detto di sopra sulla sospezione legittima nella spiegazione del Capitolo 2, sezione 1.

impedimento alla riconvenzione, allorchè con essa si eccedono queste somme, o si passa oltre alle cause determinate, che sono nelle sue attribuzioni. Egli è vero che: *inter convenientes, et de re majori apud magistratus municipales agetur* (1). Ed altrove: *Judex qui usque ad certam summam judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat* (2). Ma queste regole non valgono, quando per uno statuto organico giudiziario la giurisdizione di alcuni giudici si ritrova limitata a somme certe, o determinate a cause particolari, ad oggetto di facilitare il disbrigo degli affari, e rendere meno grave il peso delle liti. Allora si urterebbe contra il principio organico, e si sovvertirebbe il fine del legislatore, diretto al bene, ed al comodo pubblico. Si senta il Voet, il quale, incaricandosi appunto delle rapportate regole di diritto, ne fa eccezione, e scrive così: *Nisi judicibus delegatis causae minores demandatae fuerint, justitiae promptius, faciliusque expediendi gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judici reservatis: tunc enim, uti prorogatio admittenda non est, per rationes in tit. de jurisdictione n. 35, ita nec reconventionem admitti, ex iisdem fundamentis verius est, quoties praxis contraria non apparet* (3).

Per queste stesse ragioni dice il Toullier: *Se la riconvenzione è prodotta innanzi ad un tribunale di commercio, e che il suo oggetto non sia delle attribuzioni di questo tribunale, sarà esso obbligato, anche di ufficio a dichiararsi incompetente, in quanto alla dimanda riconvenzionale . . . Se la riconvenzione siasi prodotta innanzi ad un giudice di pace, in una istanza il di cui oggetto principale non ecceda i limiti della giurisdizione, mentre che l' oggetto della riconvenzione sorpassa il valore di 300 franchi, il giudice di pace si dichiarerà incompetente a giudicare la riconvenzione, e pronunzierà sulla dimanda primitiva; a meno che la riconvenzione non sia fondata nello stesso titolo dell' azione primitiva, nel qual caso il giudice di pace si dichiarerà incompetente pel tutto* (4).

Questa limitativa, che in ultimo mette qui il Toullier, e

(1) Leg. 28 D. ad municip.
(2) L. 74 § judex D. de judic.
(3) Voet ad tit. de judic. n. 85.
(4) Toullier tom. 7 n. 417.

che corrisponde a lettera con l'artic. 148 n. 3 del Progetto di Francia, poco innanzi da noi menzionato, ci hanno persuaso ad aggiugnere qui all'articolo 64 il comma: *Che se la riconvenzione si ritrovi fondata sullo stesso titolo dell' azione primitiva*, *egli* (il giudice) *risulta incompetente nell'una causa, e nell'altra;* cioè nella causa principale ed in quella della riconvenzione. Certamente nel caso figurato si scinderebbe la continenza della causa, se il giudice in parte si dichiarasse competente, ed in parte no; e si anderebbe contra le regole stabilite per la connessione, ed individuità dei giudizii.

5. I giudici di certa somma sono alle volte abilitati a procedere inappellabilmente fino ad una data quantità, e da quella in sopra, salvo l' appello. Così accade presso di noi specialmente nei tribunali di commercio (artic. 66 leg. organ.); e nei nostri giudici regii di circondario. Questi ultimi giudicano tutte le cause di azioni reali o personali, inappellabilmente fino al valore di duc. 20, ed appellabilmente fino al valore di duc. 300. Più: essi conoscono e giudicano inappellabilmente fino al valore di duc. 20, ed appellabilmente, qualunque sia il valore, molte altre cause particolarmente designate nella Legge organica, sino al numero di 17 (1). Avvenendo dunque il caso, che nelle cause testè dette l'attore primitivo presenti innanzi al regio giudice un'azione del valore di duc. 20, e che sia poi riconvenuto per un valore di duc. 100, la sentenza del regio giudice, contenendo entrambi i valori, verrebbe a sorpassare i duc. 20 e sarebbe quistion di sapere, se essa fosse o no appellabile. Noi crediamo, che la sentenza allora debba essere inappellabile, adottando il ragionamento, che nella specie si trova fatto dal signor Henrion; e quindi su questi principii abbiamo aggiunto all' artic. 64 ciò che siegue. *Nelle cause di certa somma, nelle quali il giudice può decidere inappellabilmente fino ad una data quantità; il solo valore dell'azione primitiva, senza aggiugnervi quello della riconvenzione, determina, se la sentenza sia o no appellabile.* Ecco intanto per esteso tutto il discorso del dotto autore che noi abbiamo seguito.

« I nostri tribunali civili, quelli di commercio, e quelli

(1) L. organ. 29 Maggio 1817 art. 2122.

« di pace sono autorizzati a giudicar senza appello fino ad
« una certa somma. Questa è di 50 franchi pei giudicati di
« pace. Una parte citata innanzi ad un giudice di pace, per
« pagamento della somma di 50 franchi, domanda in li-
« nea di riconvenzione, che il suo avversario sia condan-
« nato a pagarle una somma eguale, o maggiore. Il tribu-
« nale è legalmente giudice di queste due dimande, e la
« legge l'autorizza a decidere di entrambe: ciò non si ri-
« voca in dubbio. Ma giudicherà egli inappellabilmente o
« con riserva di appello?

« La dimanda originaria concerne una somma minore di
« quella determinata dalla legge, per giudicare inappella-
« bilmente; ma riunita all'altra dimanda di riconvenzione,
« essa supera il valore a tal uopo determinato, ed il giudice
« decide con una sola e medesima sentenza. Se questa è ap-
« pellabile, pregiudica all'attore, perciocchè il sottopone
« ad un appello, da cui la legge lo esentava; ma se è inap-
« pellabile, si dirà che il giudice ha ecceduto, o che doven-
« do decider di somme, le quali riunite superano i 50 fran-
« chi, non poteva giudicare, se non con riserva ed appello:
« ecco le ragioni del dubitare.

« Questa difficoltà si risolve, applicando il principio, che
« la riconvenzione agisce per mezzo della prorogazione:
« che dessa è una prorogazione legale, sottoposta alle me-
« desime regole della prorogazione volontaria.

« Applicando questo principio alla quistione proposta, si
« ravvisa, che nell' istante in cui il tribunale viene adito
« per la domanda originaria, la legge lo costituisce tribu-
« nale inappellabile, poichè questa domanda concerne una
« somma di 50 franchi. Quindi la domanda di riconven-
« zione si è fatta dal reo innanzi ad un giudice inappel-
« labile.

« Or qual'è l'effetto della riconvenzione? Quello soltan-
« to di prorogare la giurisdizione: ma prorogar un'autorità
« non vuol dire snaturarla, bensì semplicemente estenderla
« oltre i suoi limiti naturali. Eccetto dunque tale amplia-
« zione, la giurisdizione prorogata resta, dopo la proroga-
« zione, com'era prima: e se dessa è l'inappellabile, con-
« serva questa prerogativa; altrimenti i privati potrebbero
« distruggere l'opera della legge, e farsi gioco scandalosa-
« mente dell'ordine delle giurisdizioni. In fatti il reo, che

« può sempre formare una domanda di riconvenzione, de-
« sisterne, e poscia ricominciarla, potrebbe alternativamente
« togliere, e restituire ai suoi giudici il diritto eminente di
« giudicare inappellabilmente E si vedrebbe una cosa an-
« che più strana, cioè nell' istessa causa sentenze appella-
« bili, ed inappellabili; e ciò avverrebbe sempre che la do-
« manda di riconvenzione venisse formata dopo una sen-
« tenza interlocutoria; questa sentenza sarebbe inappellabi-
« le, e la parte condannata potrebbe appellare dalla sen-
« tenza diffinitiva » (1).

6. Non può darsi poi riconvenzione sopra riconvenzione. *De cetero, illum qui mutua actione reconventus est, non posse rursus adversarium iterata infestare reconventione, rationi conveniens est; ne alioquin in infinitum prope, tentatis, ac reciprocatis reconventionum vicibus, lites immortales redderentur, aut saltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem, eodem in judicio confusionem pareret, summamque litium finiendarum difficultatem.* Il Voet (2). Ed in ciò si conviene senza veruna difficoltà da tutti gli autori (3).

7. Innanzi agli arbitri non vi può esser riconvenzione, da che l'arbitro si elige di comun consenso. Ora tutta la ragione, che mosse Papiniano nell'inventare la riconvenzione, fu principalmente nel fatto dell'attore, il quale è solo a scegliere il giudice; e quindi dee sopportare, che il giudice da lui eletto, sia anche giudice contro di lui. *Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere, et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur* (4). Sicchè, mancando nella scelta degli arbitri la circostanza, che il solo attore sia in mossa, uopo è che si astenga il reo dal poter riconvenire. Ecco come ne scrive il Maranta: *Secundo principaliter quaero, an coram arbitro habeat locum reconventio. Dic quod communis conclusio est, quod non: quia ex quo eligitur de consensu utriusque partis, cessat coram eo ratio dictae legis Papinianus* (5).

(1) Henrion loc. cit. cap. VIII.
(2) Voet de judic. n. 89.
(3) Huber. ad tit. de quib. reb. ad eund. jud. n. 4. Muscatello glos. Auctorem part. 3 n. 26. Riccio de reconvent. n. 26.
(4) L. 14 Cod. de sent. et interl.
(5) Marant. distinct. 6 n. 20 ved. il Muscatello Gloss. Actorem part. 3 n. 5.

8. Finalmente innanzi al giudice ed al tribunale in prima istanza può esser prodotta la riconvenzione in qualunque stato si trovi la causa; ma dopo la sentenza al tempo della esecuzione, ed in appello essa non è più ammissibile. *Ante sententiam*, scrivono tutti gli autori. E la ragione è detta dall'Ubero. *Porro exinde, quod reconventio est actio reciproca, sequitur, reconventioni non esse locum in executione* (1).

In grado di appello poi egualmente non è permesso di riconvenire: *Quod judex in appellatione de eo tantum cognoscere debeat ac definire, utrum a judice inferiore recte an perperam judicatum sit; atque adeo officium ejus haudquaquam se se possit extendere ad ea, de quibus in prima lite, neque cognitio interposita, neque sententia lata est. Confirmatque hanc sententiam Papinianus ac Ulpianus, dum ajunt, illum qui provocationis interpositae gratia Romam venit, non adigendum, ut aliam illic litem excipiet, sed jus revocandi domum habere; ratione addita, quoniam ob aliam causam eo venerat vel evocatus erat, L.* 2 § 3 *D. de jud. L.* 13 *D. quibus ex caus. in poss. eat.* Il Voet (2). Ed il Maranta: *Minime potest habere locum (reconventio), quia judex secundarum causarum censetur incompetens quo ad primam causam quae non est sibi devoluta, parte invita; ut tenet Baltus* (3).

E Lionardo Riccio ne assegna due ragioni; la seconda delle quali è tratta da una teorica di Bartolo, ed è potentissima. *Et prima ratio assignatur, quia judex appellationis habet jurisdictionem per devolutionem circa ea, quae in prima instantia vertuntur tantum, et non super aliis, et sic judex appellationis non cognoscit extra deducta in prima instantia. Altera ratio et verior assignatur secundum Bartolum, quia quando aliquis appellat, non sua sponte dicitur agere coram judice appellationis, et dictum judicem non sponte dicitur sibi eligere, sed coacte, ut relevetur a gravamine sibi a judice illato. Nam ubicumque coacte quis agit, cessat reconventio, ut omnes doctores communiter ex Speculat. in tit. de reconvent.* (4).

(1) Uber. *ad tit. de quib. reb. ad eund. jud n.* 3.
(2) Voet loc. cit. n. 80.
(3) Maranta loc. cit. n. 25.
(4) Riccio loc. cit. n. 37.

Adunque in prima istanza solamente può aver luogo la riconvenzione, ed ivi può essere ammessa in qualunque stato la causa si ritrovi, come abbiamo detto nell'articolo 68. Veramente questa latitudine non viene quì dalla legge, la quale anzi serba silenzio su di ciò: *ut non distinguatur in legibus quo tempore sit instituenda*; l'Ubero (1). Ed essendo così, a rigore di diritto, dopo la contestazion della lite dovrebbe essere impedita la riconvenzione. E fa molta autorità la definizione del Fabro, che ritiene in massima: *post litem vere aut ficte contestatam reconventio non est admittenda* (2). La riconvenzione a buon conto è una novella azione vicendevolmente proposta — *mutua actio — mutua petitio:* Ed è cosa sicura che la sede propria nei giudizii di tutte le azioni non sia mai *post contestatum in causa*.

In fatti alcuni dei dottori antichi, che camminavano con più severità nell'ordine dei giudizii, questa teoria sostennero. Accursio, Azone, e Baldo, sull'autentica *Et consequenter*, che cita e segue ancora il Mattei (3), non ammettevano la riconvenzione se non *ante, vel paulo post litem contestatam*. Ed altri sostennero che almeno per questo tempo si dovea trovar fatta una protesta riservativa per parte del reo, che lo abilitasse a produrre la riconvenzione anche dopo. Ma bisogna confessare che trionfò poi nel foro la teorica di Bartolo, sulla detta autentica, e la dottrina fissata dal celebre *Specolatore* Guglielmo Durando. Disse Bartolo che bisognava distinguere tra i due effetti che la riconvenzione produce nei giudizii. Essa porta: 1.° La prorogazione della giurisdizione nella persona del giudice che va a conoscerne: 2.° la riunione dei giudizii dell' azion primitiva, e dell' azion riconvenzionale. Prodotta dunque *ante litis contestationem vel paulo post*, essa è mezzo efficace a dare entrambi gli effetti succennati, e prodotta poi in tempo posteriore, essa ne da uno solamente, cioè la prorogazion della giurisdizione. Ed il Durando a cui più arrise l'opinione del Bartolo ragionò a disteso nella materia, e scrisse così: *Sequitur videre quando sit reconventio facienda? Et dixi quod generaliter potest fieri antequam in petitione actor sit litem contestatus, postea vero nunquam, nisi libellus reconven-*

(1) Huber. ad tit. de quib. reb. n. 5.
(2) Fab. ad Cod. defin. 25 de judic.
(3) Matth. disp. 3 de judic. th. 23.

tionis sit antea porrectus, vel nisi protestatus fuerit de reconventione facienda, extr. de mut. pet. per tot. Cod. de sent. et interloc. omn. jud. Auth. et consequenter. Sed omissis opinionibus, dico quod semper ante litis contestationem, et etiam post, eodem durante judicio, idest istantia judicii, scilicet quousque conclusum sit in causa, quia cum negotium discutitur, tantum dicitur judicium, ut extra de verb. sign. Forus, potest fieri reconventio, etiam nulla protestatione praemissa super hoc ante litiscontestationem, et hoc tam coram ordinario, quam delegato . . . . et quod post litem contestatam fieri possit, habetur extr. de mut. pet. cap. 1, ibi, responsione facta ec. quia per responsionem fit litis contestatio, extr. de lit. contest. cap. unic. et in hoc videtur Innocentium declinare in praedict. cap. 1 de mut. petit. (1).

La dottrina del Bartolo e del Durando è stata poi seguita da tutti gli autori, senza contradizione alcuna (2); restando però sempre ferma la massima che allora la riconvenzione conserva il suo vero e legale carattere, quando è prodotta prima della contestazion della lite: *Nam verum est*, il nostro Maranta, *quod potest fieri post litem contestatam et in quacumque parte judicii, tamen tunc non dicitur vera reconventio, quia non ambulat pari passu, nec per eam retardatur causa conventionis* (3).

SEZIONE SECONDA.

DELLA PROROGAZION DELLA GIURISDIZIONE, CHE SI OPERA PER MEZZO DELLA RICONVENZIONE.

Il primo effetto che opera in giudizio la riconvenzione, a sentimento di tutti gli autori, è appunto la prorogazion della giurisdizione del giudice, o del tribunale, in cui è prodotta. Non può mettersi in dubbio, che la riconvenzione giudiziale sia un mezzo legittimo con cui resta prorogata la giurisdizione dei giudici e dei tribunali, e viene a stabilirsi straor-

(1) Speculat. de reconvent. § sequitur videre.
(2) Ved. Carleval. de reconvent. n. 4. - Voet ad tit. de judic. n 86. - Huber. ad tit. de quib. reb. ad eund. jud. eat. n. 5. - Muscatell. Gloss. Actorem n. 8 9. Riccio de reconvent. n. 37.
(3) Marant. de reconvent. n. 5.

dinariamente la competenza del foro che dalla giurisdizione è animata. I dottori ne parlano sotto il titolo *de judiciis* in occasione di indagare sulla competenza, e sotto il titolo *de quibus rebus ad eundem judicem eatur* dove nota il Gotifredo: *de reconventione et de mutuis petitionibus*. E la teoria è magistralmente sviluppata dal Donello. La giurisdizione dei magistrati, ei dice, nasce ordinariamente da tre principii, *ex domicilio, ex re sita, ex re gesta;* ma può nascere ancora straordinariamente *ex judicio coepto: Quod si judicio agi cum aliquo coeperit, hic nova causa jurisdictionis subeundae nascitur, et ea quam quartam inter superiores quatuor initio posuimus, judicium coeptum videlicet, cujus potestas ea est, ut litigatores in eodem judicio retineat, eodem loco, et apud eundem judicem*. E poi numerando gli effetti, e la forza *judicii accepti* soggiugne: *tertio vis judicii accepti, et praecipue animadvertenda, ad actorem proprie pertinet, qua fit ut judicio accepto subjicitur acta mutuae petitioni rei in eo loco, in quo actor litem movit, quamvis prius ibi judicium pati non cogeretur* (1). E qui allude la definizione data dal giureconsulto Paolo nella L. 22 D. de judic.; *Qui non cogitur in alio loco judicium pati si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem judicem mitti.*

Il Voet al titolo *de judiciis* nelle Pandette, andando in traccia della competenza del foro che dalla giurisdizione è sempre guidata, scrive così: *multis vero modis reus forum competens sortitur: puta ratione delicti, contractus prorogationis, rei sitae, reconventionis, continentiae causae, originis, domicilii, et privilegii*. E parlando particolarmente della riconvenzione soggiugne: *reconventio insuper seu mutua petitio, qua reus vicissim quid ab actore petit ex eadem, vel diversa causa forum competens efficit* (2).

Ed Ulrico Ubero al titolo del digesto *de quib. reb. ad eund. judic. eatur* sulla quistione di sapere, quando *forum incompetens fit competens*, mette in primo luogo il caso della riconvenzione giudiziale: *Agendum enim de reconventione, de connexione rerum, diversitate jurisdictionum et si quae res illuc preterea spectant. Primo per reconventionem fit, ut ligantur diversis jurisdictionibus subjecti, ab*

(1) Donell. de jur. civil. lib. 17 c. 18 § 1 et IX.
(2) Voet ad tit. D. de judic. n. 66 et 78.

eodem judice tractentur, eoque nunc instituto nihil est frequentius in omnibus foris Europae (1).

Ora la giurisdizione quì per effetto della riconvenzione resta prorogata *ministerio juris*, e non già per consenso delle parti, da che quantunque il reo di sua volontà scelga il foro adito dall'attore, l'attore però non può declinarlo, ed è costretto a starci, anche contro sua voglia. *Quaedam est prorogatio necessaria, quae fit contra invitum ex necessitate legis; prout est illa quae fit per reconventionem, et ista potest fieri; nam reconventio inducit quamdam necessitatem reconvento, ut respondeat coram judice non suo: et sic reconventus prorogat jurisdictionem non sponte, sed ex necessitate;* Roberto Maranta (2). Risulta dunque nella specie una prorogazion di giurisdizione, che da alcuni dottori è chiamata prorogazione legale, da altri necessaria. Ed è perciò, che noi nel concepire quì l'articolo 61 abbiam detto: *La riconvenzion giudiziale è un mezzo legittimo, con cui resta prorogata di diritto la giurisdizione dei giudici, e dei Tribunali.*

SEZIONE TERZA.

DEGLI ALTRI EFFETTI CHE LA RICONVENZIONE PRODUCE IN GIUDIZIO.

1. Se la dimanda riconvenzionale si produce in giudizio pria, che la causa principale sia nello stato di esser decisa, essa può riunirsi alla causa principale, e venir istruita e decisa simultaneamente. Questo è il secondo effetto della riconvenzione, quando vien proposta a tempo proprio. Il tutto è spiegato dal Perezio: *Finis reconventionis est bonum publicum, quod in eo consistit, quod lites simultaneo processu facilius absolvantur, minorique sumptu decurrant: tractanda enim utraque causa successivis vicibus, capit.* 1 *extr. de mut. petit. Ita ut deliberatione habita, fiat primo litis contestatio super libello actoris, atque de utroque, ubi judex plene cognoverit, utramque causam simul una pronunciatione definiet; hoc est, uno eodemque contextu et die: quamvis alioqui sit duplex sententia, quandoquidem*

(1) Huber. ad tit. D. de quib. reb. n. 1.
(2) Marauta de reconvent. n. 3o.

ad duas causas referatur (1). Ma si avverta la circostanza notata qui dal Perezio, cioè che vi è luogo alla decisione simultanea delle due cause, *ubi judex plene cognoverit*: bisogna dunque che la causa della riconvenzione sia egualmente liquida, e possa ritrovarsi compiutamente istruita al tempo della decisione, insieme con la causa primitiva; altrimenti non è obbligato il giudice a riunire in una sola sentenza entrambi gli oggetti. Si conculcherebbe allora l'ordine dei giudizii a danno della giustizia, che senza precipitare atti, e senza restare oscurità alcuna, o dubbiezza nella procedura, ad occhi ben veggenti dee essere somministrata. E questa è la ragione, per cui noi qui nell'art. 69 abbiamo detto, che la riconvenzione nel caso figurato *può riunirsi alla causa principale*, ed esser decisa simultaneamente. Il giudice potrà farlo, ma non dovrà farlo per necessità.

Istud tamen, quod dicitur de una sententia, limita procedere quando utraque causa pariter liqueret: secus autem, si prius liquet de una, quam de alia: quia judex potest pronunciare solum de ea causa, de qua liquet, et supersedere in alia (2).

Vi fu qualche dottore antico che portò opinione decisamente contraria, credendo, che la riconvenzione fra gli altri effetti che produce, fosse ancora *causarum adaequativa, quoniam facit dispares causas eadem forma tractari* (3). Questo è vero, ma non assolutamente, e senza eccezione; perchè vi possono essere degli impedimenti legali, che si frappongano, per distoglierlo, e non farlo accadere. Si senta per tutti il Voet: *In quibus autem casibus hic reconventionis effectus est, ut pari passu, unoque tempore, et eadem sententia conventionis, et reconventionis judicium finiatur; quandoque tamen ob quasdam circumstantias accidere potest, ut judicis officio conventionis causa separetur a causa reconventionis; et alterutra sola, sine altera terminetur; puta si judici prius evidenter liqueat de una causa, cum altera illiquida prorsus esset, multisque ambagibus, ac ambiguitatibus etiamnum involuta. Ut, et si reconveniens nihil deinceps urgeat, aut producat. Aut si demum post litem contestatam reconventio facta sit* (4).

(1) Perez. ad tit. cod. de sent. et interl. n. 23.
(2) Maranta loc. cit. n. 11.
(3) Carlevalio dict. loc. n. 3.
(4) Voet dict. loc. n. 88. Vedi il Perezio ad tit. de pact. et interl. n. 23.

Tutte queste cose ci hanno persuaso ad aggiugnere, per maggior chiarezza un comma all'artic. 69, dicendo che *l'istruzion della causa in riconvenzione può esser diversa da quella della causa primitiva, restando i giudizii separati.*

2. Se l'attore nel giudizio primitivo è contumace, il reo non è impedito a proseguire innanzi il giudizio, così nella causa principale, come in quella della riconvenzione: e se l'attore del tutto desista, il reo è nel diritto di far camminare innanzi il solo giudizio riconvenzionale, mettendosi intanto silenzio all'azione primitiva contro di lui intentata. Tutto ciò abbiam detto nell'articolo 70; e nasce dalle teorie ritenute in materia dai scrittori, che spesso abbiamo qui rapportati. *Quin etiam,* è il Voet che scrive, *adversus eum* (actorem) *non respondentem in reconventione, ut contumacem, reus causam, tum conventionis, tum reconventionis urgere potest: neque enim actori liberum est, liti a se inchoatae renunciare, ut reconventionis judicium declinet, et si maxime a sua petitione in universum desistat, mutuae tamen petitionis intuitu apud eundem judicem teneretur litigare, quasi praeventus* (1).

Ed il Riccio il quale cita e raccoglie le autorità del Maranta, del Muscatello, del Carlevalio, dello Specolatore e di altri, scrive così: *Reconventus actor, si respondere noluerit, eam patietur poenam, ut illi denegetur audientia in judicio conventionis; imo si fraudulenter desistat a lite mota, vel renunciet liti, adhuc potest reconveniri coram eodem judice, et poterit quoque reus causam reconventionis incipere et prosequi . . . . . . Item, sicut reo, si oblato libello reconventionis, postea non curat prosequi, facta etiam litis contestatione in libello actoris; eodem modo, si actor fecerit reum citare et ultra non prosequitur, poterit tamen reus causam reconventionis incipere ac prosequi, Muscatellus Glos. actorem n.* 18 *ex Menochio de arbitr. jud. quaest.* 44 *n.* 5, *et ex Speculatore in* § *videndum, et ibi ea ratio assignatur, quia quoad prosecutionem pari jure censetur conventio et reconventio, ob privilegium causarum, ne ad imparia judicentur* (2).

3. Finalmente abbiam detto nell'art. 71 che la peren-

(1) Voet loc. cit. n. 78.
(2) Riccio de reconvent. n. 24 e 33.

zione di istanza nel giudizio primitivo non porta seco quella nel giudizio riconvenzionale; ma che il reo non debba dopo ciò esser moroso, altrimenti può l'attore primitivo far dichiarare perenta se vi è luogo anche l'istanza riconvenzionale. Queste cose sono una conseguenza di ciò che testè abbiam rapportato sulle autorità del Voet, e degli additati scrittori. L'attore può esser contumace, può desistere, e può anche starsene in silenzio per tanto tempo, quanto basta a far dichiarare perenta l'istanza da lui introdotta. Accadendo dunque che abbia luogo la perenzione contro di lui, ai termini dell'art. 492 proc. C., ed essendo questa dichiarata a petizione del reo convenuto, il reo non è impedito a proseguire il giudizio riconvenzionale. Noi non abbiam seguita la teoria del Muscatello, il quale scrisse, *Perempta instantia in causa conventionis, censetur etiam perempta in causa reconventionis* (1). Le istanze qui son due, con le quali si spingono due giudizii diversi, che se si riuniscono, non però si confondono, mentre la riunione è un benefizio che si accorda all'atto della riconvenzione, il quale benefizio non può distruggere i giudizii, e sempre dee intendersi nel senso, che giovi e non nuoccia a colui al cui favore si è introdotto. Questa è l'indole di tutti i beneficii, che non si ritorcono giammai a danno del beneficato. Se il reo nel caso della perenzione della istanza dell'attore dovesse ricadere anche egli in perenzione, per l'oggetto per cui ha riconvenuto, risentirebbe danno, non solo dal fatto dell'attore, ma dal fatto della legge, che permette l'unione dei giudizii, con l'oggetto di giovare a lui. Se non che, può anche accadere, che la causa della riconvenzione per i motivi di sopra esposti resti in un giudizio diviso e separato dalla causa primitiva; ed allora sarebbe una cosa bene assurda il pretendere, che la perenzione dell'istanza nella causa primitiva traesse seco anche quella della causa riconvenzionale.

Quello però, che vale per lo reo contra l'attore, dee valere ancora per l'attore contra il reo, *ne ad imparia judicetur:* per lo che, se il reo dopo perenta l'instanza dell'attore, ha la sventura di cadere anche egli in perenzione, ai termini del cit. art. 492, sarà suo danno, e non potrà impedire, che l'attore si faccia innanzi a dimandare, ed ottenere anche egli, se vi è luogo, la perenzione nella causa riconvenzionale.

(1) Muscatello Gloss. Actorem part. 3 n. 18.

FINE DELLA SECONDA ED ULTIMA PARTE.

INDICE

PARTE SECONDA.

AVVERTIMENTO DELL' AUTORE

Il Trattato delle azioni, e delle eccezioni, che finora si è esposto, riguarda direttamente i Tribunali, e le Gran Corti Civili, dove si procede con figura di giudizio, si esaminano le cause nel fatto, e nel diritto, e si giudica nell' interesse dei privati. Per la Corte Suprema di Giustizia questo trattato non va scritto direttamente. In essa non vi sono giudizii a trattare, non si deducono azioni, nè si oppongono eccezioni, ma si producono soltanto mezzi di annullamento per via di ricorso, con i quali mezzi si denunciano le sentenze, e le decisioni, ad oggetto di farle annullare per motivi di violazione, o di falsa applicazione delle leggi, e dei Reali decreti. Necessita dunque per la Corte Suprema di sapere, e conoscer bene, come cotesti mezzi debbano venir congegnati, e disposti, per essere legali, e per servir bene all'oggetto a cui sono destinati. In essi debbono mettersi in risalto le pure, e semplici quistioni di diritto, spogliate da ogni controversia di fatto, del quale la Corte Suprema, per sua istituzione, non può nè dee occuparsi; ed allora solamente del fatto può farsi parola, quando si scovra, che non siasi esso ritenuto fedelmente nella sua integrità naturale dai giudici del merito, e possa dirsi che lo abbiano viziato, o stravolto.

Ciò posto, è sembrato quì all'autore del trattato, essere cosa non oziosa, nè fuori di proposito, anzi opportuna, ed utile, il mettere in continuazione dell'opera, e quasi per appendice, un Discorso da lui pronunziato nel mese di gennajo 1831 in esecuzione delle note ministeriali; nel quale discorso si veggono trattati due argomenti; cioè: 1.° Quali siano mai le mere quistioni di fatto al senso della legge, che sfuggono perfettamente la censura della Corte Suprema? 2.° Quando, e come la Corte Suprema, anche nelle cause di mero fatto possa esercitare i suoi poteri sulle sentenze, e sulle decisioni?

Le nozioni di diritto, che in tal discorso su gl' indicati oggetti si espongono in una materia bastantemente dubbia, ed intrigata, fanno sperare, che quest'appendice, insieme con l'opera precedente non riesca dispiacevole, ed abbia la sorte di venir bene accolta dal pubblico, giusto, ed equo estimatore delle cose.

DISCORSO

PRONUNZIATO DALL'AVVOCATO GENERALE

FRANCESCANTONIO ROBERTI

NEL DÌ 7 GENNAJO 1831

IN OCCASIONE DEL RIAPRIMENTO

DELLA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA

IN NAPOLI.

SIGNORI

Al cominciare del novello anno 1831 questa Corte Suprema di giustizia riprende già l'esercizio delle nobili, e sublimi sue funzioni. Posta essa nel mezzo dell' alto potere del Sovrano, che detta le leggi, e ne commette l'esecuzione ai Magistrati, e tutto quanto è il ceto della Magistratura ordinaria, dove adattandosi la legge ai fatti, si conosce, e si decide delle cause nell'interesse dei privati, spiega le alte sue attribuzioni, conoscendo non già delle cause stesse, ma si bene delle sentenze e delle decisioni, che le riguardano; a sol fine di vedere se il rito giudiziario sia stato forse offeso nelle sue parti essenziali, o se siasi per avventura manifestamente contravvenuto al testo delle leggi, e dei Reali decreti. Questa nobile istituzione della Corte Suprema, che la sapienza del nostro Augusto Legislatore pose in piede, non fa più desiderare ciò che nell' antico foro da molti si sospirava: e riempie perfettamente il voto, che nella preesistente legislazione romana e patria era stato già ravvisato.

Anche allora spesso si infrangevano le sacre regole del rito giudiziario, e si violavano le leggi, e le Sovrane determinazioni; ed i giudicati, che di ciò peccavano, erano riputati nulli; onde la classica legge *Prolatam Cod. de sent. et interloc. omn. jud.*; ed i titoli del Digesto e del Codice Giustinianeo; *Quae sentent. sin. appell. rescind. Quando provoc. non est neces.* Ma chi conosceva poi, e giudicava di coteste nullità? Allorchè esse eran fuse negli appelli, e nei gravami, potea vederle imparzialmente il giudice superiore: ma quando esse erano prodotte innanzi al Magistrato stesso che le avea causate, facea bisogno di ritrovarsi in costui una singolare robustezza di animo, ed un zelo straordinario per la giustizia, onde non farsi egli dominare dal suo amor proprio, che dovea sempre strascinarlo al primo sentimento da lui emesso. Cose tutte prevedute già, ed avvertite dai Dottori del tempo di gran polso. Se non che tutto ciò era allora sul conto solamente dei privati che litigavano; mentre la legge guardata nel suo particolare interesse, non avea in quel tempo protettore, nè mano alcuna, che si rendesse vendicatrice dei torti a lei impunemente già fatti.

A tutto intanto venne a riparare la sublime istituzione della Corte Suprema, della quale è detto; *che giudicherà non dell' interesse dei privati, ma di quello della legge; ed in conseguenza non conoscerà del merito delle cause, ma delle decisioni, e delle sentenze delle G. Corti Civili, e dei Tribunali, col solo oggetto se siano, o no conformi alla legge* (1).

Ora innanzi a questa Corte Suprema così degnamente costituita siam Noi al presente destinati a tenere un ragionamento, per onorevole commessione avutane dal Procurator Generale, che tanto degnamente qui siede, ed in discarico di ciò che impone, non meno il regolamento d' ordine in vigore, che la circolare di S. E. il Ministro di G. e G. del dì 15 Novembre ultimo.

Doppio è l'oggetto, che qui a noi si offre, come ben Voi tutti conoscete. Siam Noi chiamati a trattare del modo, come questa Corte Suprema siasi condotta nel pronunciare i suoi arresti; e dovremmo anche notare gli abusi, quando però ve ne fossero invalsi; non che far delle requisizioni

(1) Art. 113 leg. organic.

nel caso di bisogno, per i provvedimenti necessarii, onde mettersi le cose in perfetta regola. Dobbiàmo poi rivolgerci ai professori legali, che qui sono addetti, rammemorando loro la serie interessante di tutti i loro doveri.

Ma per ciò che riguarda la Corte Suprema (da che del secondo oggetto ci occuperemo in seguito), dobbiamo protestare, che essa ha sempre giustamente inspirato in Noi un alto rispetto, ed ha fatta la nostra continua ammirazione per lo contegno costantemente serbato nel trattare gli affari, e nel pronunziarsi. Sempre retta e severa nei suoi principii, ed esatta nell' applicazione di essi in faccia alla legge ed ai Reali decreti, è stata gelosa custoditrice delle sue attribuzioni, ed ha conservato il grado di eminenza, che corrisponde alla sua nobile istituzione; perlocchè saremmo Noi perfettamente al caso di non aver che trarre, onde farne oggetto del presente ragionamento.

Altronde però la lunga sperienza che abbiamo, fin da che ci fu dato l' onore di sedere in questo luogo, ci ha fatto conoscere, che in questa Suprema Corte, senza che punto degradasse mai Essa di opinione, si sono bene spesso impegnate delle serie discussioni nell' indagare quali fossero al senso della legge le mere quistioni di fatto, che sfuggono la sua censura, distinte dalle quistioni di diritto, nelle quali unicamente Essa è chiamata. Più: Nelle cause che riguardano le mere quistioni di fatto, come debbasi alle volte ritrovar materia ad annullare, non già conoscendo del fatto, ma sì bene del modo come di esso i giudici del merito si siano impadroniti, e ne abbiano giudicato. E quindi stimiamo pregio dell' opera, a Nostra istruzione nel tempo stesso, ed a dilucidazione degli oggetti indicati, ragionare sopra amendue cotesti argomenti; trattando però la materia succintamente, e con quella sobrietà, che si conviene nel parlare innanzi ad uomini così bene istituiti, e di tanto sublime ingegno dotati, quanto lo siete Voi quì tutti o Signori.

Gli argomenti sono:

1. Quali siano mai le mere quistioni di fatto al senso della legge, che sfuggono perfettamente la censura della Corte Suprema?

2. Quando, e come la Corte Suprema, anche nelle cause di mero fatto, possa esercitare i suoi poteri sulle sentenze e sulle decisioni?

I. ARGOMENTO

QUALI SIANO LE MERE QUISTIONI DI FATTO AL SENSO DELLA LEGGE, CHE SFUGGONO PERFETTAMENTE LA CENSURA DELLA CORTE SUPREMA?

Quantunque sia vero in generale, che le mere quistioni di fatto sian quelle, che non hanno mescolanza veruna di punto di diritto, e che ciò si dica, e si persuada facilmente; pure a definir poi con particolarità secondo la loro specie ed indole tali quistioni, la cosa riesce difficilissima, e tocca l' impossibile. Esse hanno due qualità, che essenzialmente le distinguono dalle quistioni di diritto. Primieramente sono innumerevoli, come non possono numerarsi i fatti tutti, che nelle loro diverse specie alla giornata accadono; dicendo al proposito Ulpiano: *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula* (1). Esse poi hanno sempre oggetti indeterminati, ed indeterminabili, e per lo più difficili, e pieni di intrigo nelle loro ricerche; a differenza delle quistioni di diritto, che partono da principii sicuri e costanti. *Cum jus finitum et possit, et esse debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* (2). Ed altrove protestò Ulpiano per sentimento di Giuliano: *implicitam esse facti quaestionem* (3); sotto il cui testo così comenta il Gotifredo: *Implicita facti quaestio, in qua facti controversia accurate spectanda est.* Per verità il fatto, di cui parliamo non è altro al senso dei giureconsulti, se non il caso, la specie, che viene ad offerirsi nelle umane vicende. *Factum idem nostris, quod casus, species, sine cujus recta notitia, impossibile fuerit certam juris et actionis rationem colligere;* Il Calvino (4).

Ora le quistioni che riguardano questo fatto, a differenza di quelle, che si riferiscono al diritto, debbono esser trattate unicamente per via di argomenti e di congetture; nel che sta l'involucro della cosa. *Facti quaestio, non ex jure, sed ex conjecturis rei, ex modo, et genere ipso elicitur. Jus autem, non ex conjecturis, sed ex aequo et bono;* il Gotifre-

(1) L. 1 D. de praescript. verb.
(2) L. 2 D. de jur. et fact. ignor.
(3) L. 52 princ. D. pro soc.
(4) Calvin. lex. voc. factum.

do (1). E parlando delle congetture il giureconsulto Trifonino, le riportò a tre classi, cioè: *rerum, personarum, temporis* (2). E quindi ognun vede la difficoltà, che s'incontra nell' accozzar bene le idee ordinatamente a questo triplice oggetto.

Dalla spianata cognizione del fatto nasce poi la facile applicazione del diritto; nel qual senso disse il Giureconsulto Alfeno: *Respondi in causa jus esse positum* (3). Dove τὸ *in causa* indica il fatto circostanziato, sottoposto all' esame ed al criterio del giudice: *Id est ex circumstantia negotii controversi apparere debet quid pro jure statuendum sit. Et breviter, jus in causa positum, est jus in facto, et facti cognitione positum;* il Gotifredo. Adunque nella incertezza e nella moltiplicità dei fatti non può mai ottenersi una definizione particolare delle quistioni, che loro corrispondono; mentre nella generalità è sicuro, che nella mera quistion di fatto non vi debba esser mai frammischiata quistione, che riguardi il diritto.

I giureconsulti romani, i quali sempre distinguono la quistion di fatto dalla quistione di diritto, si contentano di lasciar delle regole generali, onde qualificar le prime, e poi per mezzo di varii esempii passano a rendere le idee, che loro possono competere, per determinarle. I dottori, fra i quali l'Oldendorpio, han voluto dire che tali quistioni differiscono fra loro sotto quattro rapporti cioè:

1. *In quaestione facti consideratur quales sint circumstantiae extrinsecus. In quaestione juris perpenditur rectum animi judicium intrinsecus.*

2. *Factum est infinitum, et incertum. Jus vero certum et finitum esse potest, et debet.*

3. *Jus in facto positum est, non factum in jure.*

4. *Quaestionem facti priorem esse oportet quaestione juris;* onde la regola; *ex facto oritur jus* (4).

Ma stando fermi sulle autorità dei giureconsulti romani, noi troviamo in primo luogo la regola data da Paolo in questi termini: *In pactis factum versatur, in stipulationibus jus*

(1) Gotifr. ad L. 47 D. de donat. int. vir. et uxor.
(2) L. 31 D. depos.
(3) L. 52 D. ad Leg. Aquil.
(4) Ved. Calvin. lex. voc. quaestio facti.

continetur (1), e sotto questo aspetto *factum et jus opponuntur*, come nota il Gotifredo. Dunque allorchè il giudice esamina *quid actum sit* nei patti convenuti, e calcola le circostanze *rerum, personarum, temporis*, allora egli versa nel fatto. Quando poi esamina il valore, e la forza della stipulazione, allora egli versa sul diritto.

E per questo testo del giureconsulto Paolo si rende chiaro quanto sia riprovabile l' abuso invalso già nel nostro foro, cioè di far servire per mezzi di annullamento, e per apertura di ricorso alla Corte Suprema la violazione dei patti convenuti. Si vuol dire, che i patti hanno forza di legge fra le parti. Art. 1088 ll. civ.: e ciò lo avea detto anche Ulpiano: *contractus enim legem ex conventione accipiunt* (2): ed altrove erasi scritto: *quod semel placuit, legis habet vigorem.* Ma altro è parlar della legge, che i contraenti si fanno tra loro stessi vicendevolmente, lo che è nel patto, che a modo di legge dee essere eseguito fra loro stessi; altro è parlar della legge nel suo vero senso di ordine pubblico, che hà oggetto universale, e si estende a tutte le persone ed a tutti i casi. La Corte Suprema si occupa della legge in questo senso, e non si abbassa a vedere, se siasi violato il patto, che ha un'oggetto limitato nell'interesse di coloro che lo convennero. La sola violazione del patto, senza che sia accoppiata a violazione manifesta di legge generale, che protegge la forza e la validità della stipulazione, non dee dar apertura a ricorso per annullamento.

E quì al proposito seguono parecchie altre regole di legge, le quali persuadono, che l' interpretazione e la intelligenza dei patti, e dei contratti appartengono sempre alla materia di mero fatto; egualmente che l'interpretazione, e la conoscenza delle ultime volontà.

Si pone in massima dall'Imperadore Alessandro che: *Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est* (3); e qui s'intende della stima che ne fa il giudice, conoscendo del fatto. Ed analogamente risponde il giureconsulto Gelso, parlando appunto delle ultime volontà: *Uxori legavit quae ejus caussa parata sunt, et ante mortem divortit: non de-*

(1) L. 27 § 2 D. de pact.
(2) L. 1 § 6 de pact.
(3) L. 7 Cod. de fideic.

beri, quia adempta videantur, Proculus ait. Nimirum facti quaestio est: nam potest nec repudiatae adimere voluisse (1). Quistione di fatto.

Sul conto dei contratti è detto dal giureconsulto Marciano: *Si debitori concessum sit, et heres ejus vendiderit, potest facti quaestio esse, quid intellexerit creditor? Sed recte venisse dicendum est: hae enim subtilitates ab judicibus non admittuntur* (2). Quistion di fatto: giudici del merito che ne conoscono.

Più: colui che stipola *Kalendis Januariis,* e non aggiugne *quibus Kalendis,* spiegando cioè le prime, o le seconde, presenta quistione di mero fatto, come dice Ulpiano: *Facti quaestionem inducere, quid forte senserit, hoc est quid inter eos acti sit* (3). Ecco letteralmente deciso che è quistion di mero fatto quella di sapere *quid actum sit* tra le parti nei patti e nelle convenzioni.

Nella stipolazione incerta a questo modo. *Triticum dare oportere stipulatus est aliquis, facti quaestio est non juris,* come insegna il giureconsulto Marcello; cioè: *quod genus, quemve modum tritici promiserit* (4). È materia interpretativa, desumibile dalle congetture della volontà, e sta per regola nelle quistioni di mero fatto.

Dopo queste e somiglianti altre regole date dai giureconsulti romani, passano essi ad esemplificare ancora nella materia, ponendo varie specie di quistioni di mero fatto, contrapposte a quelle di diritto.

1. Dice Ulpiano: *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem* (5). Dunque per sapere se il debito esista o pur no, la causa è di mero fatto. Se poi si dee conoscere, se l'obbligazion contratta sia valida, la quistione risulta di diritto. *Factum et jus opponuntur:* Gotifredo ivi.

2. Lo stesso Ulpiano: *Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum qui contradicit, sed eum qui non consentit . . . non enim ad factum, sed ad jus servi-*

(1) L. 3 D. de aur. arg. leg.
(2) L. 8 § 16 D. quib. mod. pign. vel hypoth.
(3) L. 41 D. de verb. obl.
(4) L. 94 D de verb. obl.
(5) L. 41 D. de pecul.

tatis haec verba referuntur (1). Dunque il fatto dimostrativo della servitù è ben diverso dal diritto, onde essa si costituisce, e che non sta nella circostanza dell'*invito* e del *non consensiente*.

3. Come causa di mero fatto trattò Paolo quella che si ha col gestor dei negozii, nel caso in cui: *Plus quam oportuerit impenderit* (2).

4. *Idem erit*, soggiugne Ulpiano, *si eadem Arescusa primo duos pepererat, postea geminos ediderat: dicendum est enim non posse dici utrumque ingenuum nasci, sed eum qui posterior nascitur. Quaestio ergo facti potius est, non juris* (3).

5. Non vi ha dubbio che il marito può spendere, facendo da gestor di negozii della moglie; ma nella quistion di sapere: *Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus in rem ejus impenderit vir, facti, non juris est quaestio. Conjectura ejus rei ex modo et ex genere impensae, non difficilis est*: il giureconsulto Gelso (4). Trattasi di mera quistion di fatto, a cui si dice che appartiene tutta la materia congetturale.

6. Quantunque sia proibito per legge al figlio di famiglia ed al servo il potersi obbligare, ed in ciò risegga una quistione di puro diritto: *non enim usquequaque habent liberam administrationem*; pure dice Marciano: *Facti tamen est quaestio, si quaeratur quousque eis permissum videatur peculium administrare* (5). E qui il fatto vuolsi ricavare non già da parole espresse e manifeste, ma dall'indagare la volontà e l'intenzione del concedente, lo che certamente appartiene alla materia congetturale: *quid ipse senserit?* In fatti nota qui il Gotifredo: *Facti quaestionem hic interpretamur, non eam tantum, quae ex verbis manifestissimis apparet, sed quae ex mente est*.

7. Nel caso in cui si fossero donati *decem Titio, ut Stichum emeret*; essendo poi morto Stico, e non potendosi quindi comprare, rimane la quistion di sapere, se dovessero o pur no i *decem* rimanere presso il donatario e qui dice

(1) L. 5 D. de servit. praed. urban.
(2) L. 25 D. de negot. gest.
(3) L. 16 D. de statu homin.
(4) L. 47 D. de donat. inter vir. et uxor.
(5) L. 1 § 1 D. quae res pign.

Giuliano: *Facti magis quam juris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho, pecunia apud Titium remanebit* (1). A buon conto il vedere se vi sia causa o condizione nel donarsi i *decem*, come materia meramente congetturale, appartiene a quistion di fatto, e non a quistione di diritto.

Dalle cose finora dette, o Signori, è chiaro abbastanza qual sia l' indole e la natura delle mere quistioni di fatto, che debbono sfuggire la censura della Corte Suprema di Giustizia. E pare che dagli esempii testè arrecati, e dalle regole innanzi dette, che han lasciate i romani giureconsulti, possano fissarsi le seguenti idee, adattate alla Corte Suprema.

1. Tutte le quistioni di volontà, sia dei defonti che lasciano disposizioni scritte, sia dei contraenti che si legano a vicenda con atti obbligatorii, sono sempre quistioni di mero fatto.

2. Tutta intera la materia congetturale, onde per via di di argomenti e di presunzioni si va a scovrire l' esistenza e la verità di una qualche cosa, presenta sempre una mera quistion di fatto. Essa versa sul triplice oggetto di Trifonino, *rerum, personarum, temporis;* le quali cose sono nella estimazione de'giudici del fatto, e danno base al loro criterio morale.

3. Per conseguenza i giudizii di simulazione, di dolo, di falsità, quando versano soltanto, *an adsit simulatio, dolus, fraus?* son tutti giudizii di mero fatto.

4. Le convinzioni che traggono i giudici dal detto dei testimonii, che essi ascoltano in materia di fatto, o dal sentimento dei periti, che essi adoperano per assicurarsi di un qualche fatto, son tutte convinzioni morali, non risultate da altro che da quistioni di mero fatto. Ed è sempre marchevole l'avvertimento che si fa nella *L.* 3 *D. de test.*, e che ai soli giudici del fatto va indrizzato: *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus.*

(1) L. 2 § 7 D. de donat.

5. *Idem* per le cause di rendiconto, e per tutte le cause di debito e credito, quando si tratti di definire la vera e precisa quantità, che sia dovuta.

6. Le cause di verificazione di scritture per la loro materiale giacitura. Le cause decise sopra i giuramenti suppletorii, deferiti per conoscersi i fatti e le loro circostanze, son tutte cause che nascono da materie congetturali, e non hanno veruna mescolanza di diritto; e quindi appartengono alle mere e schiette quistioni di fatto.

7. Le cause di revindicazione, sia di cose immobili, che si descrivono, e si circoscrivono per via di confini, sia di cose mobili, che si particolarizzano nella loro specie, qualità, e quantità, tutte sono sotto il criterio morale dei giudici del merito, ai quali vanno indirizzate le regole date nella *L.* 6 *e seguenti, D. de rei vind.* Ed essi soli possono giudicarne, quando trattisi della identità della cosa, e della specie pretesa, perchè debbono convincersene in fatto. E cose simili.

Nelle cause di fatto di tal natura la Corte Suprema non ha di che occuparsi, perchè non trova materia per annullare. Non si niega, anzi ciò bene spesso può verificarsi, che in queste cause i giudici del merito non diano sempre al segno, e che le sentenze loro o le decisioni risultino alle volte evidentemente ingiuste; ma non perciò la Corte Suprema è mai abilitata ad occuparsene. Allora Essa conoscerebbe del merito e giudicherebbe, convincendosi nel suo criterio morale; lo che è contrario alla sua istituzione. Ai giudici del merito è detto: *Ex sententia animi tui aestimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris* (1); nel che sta il criterio morale dei giudici. Ma la Corte Suprema è chiamata ad annullare, e non a giudicare: dee vedere unicamente se le massime della legge siansi violate, offendendosi il *jus costitutum*, e non dee guardare il *jus litigatorum* dove può avverarsi errore di fatto, senza offendersi però le massime del diritto. Dee dunque trovar materia di nullità a questo senso, e non già d' ingiustizia. Essa annullando, *fungitur vice Principis, vice Sacra;* mentre per la delegazione che ne ha, viene a far quello che il Principe stesso farebbe, vegliando per lo rispetto e per la osservanza delle sue

(1) L. 3 D. de test.

leggi. Ora in ogni ben costituito governo il Principe non giudica, ma commette i giudizii. E quindi la Corte Suprema tradirebbe la sua nobile istituzione, se si abbassasse a giudicare, entrando nel merito, e nel dettaglio dei fatti che offrono le cause tra i privati.

Più: Essa violerebbe la legge organica dell'ordine giudiziario, secondo la quale due gradi di giurisdizione sono ammessi, e niente più. Dopo percorsi questi due gradi innanzi ai magistrati ordinarii, si ha il giudicato, il quale, o bene o male che siasi proferito, *finem ponit controversiarum.* Interessa il pubblico che le liti finiscano una volta, e non siano eterne: questo è l'oggetto che hanno avuto, ed hanno sempre le leggi da per tutto. Il giudicato è fondato su la presunzione, che cioè quello che in esso si contiene coincida col vero e col giusto, naturale, e positivo. Le leggi di tutti i tempi non han mai detto che il giudicato debba contenere la verità naturale, e la certezza dimostrativa. Il giureconsulto dichiarò solamente, che *res judicata pro veritate habetur;* ma non confessò mai che in essa si conteneva positivamente e sempre il vero. Nel giudicato vi è la certezza presuntiva, come è in tutte le cose umane, che sono *circa contingentia et variabilia,* al dire di un nostro gran dottore e filosofo (1). E da qui trae ragione l'art. 1304 num. 3 delle nostre leggi civ., dove tra le presunzioni stabilite dalla legge si pone *l'autorità, che la legge attribuisce alla cosa giudicata.*

Le cose umane, e le cose civili quasi tutte finiscono per via di transazione, e così debbono terminare anche i giudizii. La legge solamente ha creduto importante, che i giudizii non fossero eterni, ma che avessero fine. Se si sbaglia nel deciderli, l'errore è proprio degli uomini, e questo è che va transatto in faccia alla veduta del bene pubblico, che è intenta a far restare gli uomini in pace per quanto si può. Ora nel vecchio nostro foro eravi la doppia conforme, e con questa, o bene o male che si fosse deciso, finivano le liti. Il legislatore ha ora surrogato alla doppia conforme lo sperimento del doppio grado di giurisdizione, ed ha voluto che non si passasse oltre. Qui dunque nella sua saggezza ha egli transatto il tutto, ed ha posta la presunzione della verità per parte del giudicato. *Hoc jure utimur: Nemo est lege sapien-*

(1) S. Tommaso 2 Quaest. 7 art. 2 in cor.

tior. Non se ne può volere di più: e non si può mai pretendere che la Corte Suprema di giustizia risalga ad un terzo grado di giurisdizione, che essa poi non ha, rivedendo le sentenze, e le decisioni profferite anche nelle cause di fatto, e trovandole ingiuste, le rivochi.

Da qui è, che nella procedura penale sotto l'artic. 292 è scritto: *I giudici risolveranno tutte le quistioni di fatto, secondo il loro criterio morale. La parte della decisione, colla quale si decidono le quistioni di fatto, non è soggetta a ricorso per la parte che riguarda la convinzione dei giudici.*

E da qui è ancora che nel regolamento d'ordine in vigore nell'art. 628 è detto sul conto della Corte Suprema: *E' vietato ai relatori nei rapporti, ed agli avvocati nei scritti, e nelle loro arringhe d'interloquire sulle quistioni di fatto. Il Presidente ed il Procurator generale sono incaricati di richiamare all' ordine ogni trasgressione in questo genere; ed ogni Consigliere è autorizzato a farlo per mezzo del Presidente.*

La sola violazione manifesta della legge chiama a se le cure della Corte Suprema. E sia lecito quì di osservare, che per violazione manifesta vuolsi intendere, così la violazione letterale della legge, come la violazione virtuale, mentre i giudici egualmente violano la legge, quando con le loro sentenze urtano con le parole espresse di essa, che quando sono in contraddizione del suo spirito, e della sua mente. Infatti la legge organica non dice che la contravvenzione debba essere letterale, ma manifesta. Il manifesto equivale all'espresso di cui è sinonimo. *Et expressum dicitur quod ex evidenti eruitur voluntate.* I giureconsulti romani distinguono la sentenza della legge dallo spirito, ossia dalla mente della legge stessa. La prima sta nelle parole, come è a vedere nella *L.* 12 *D. qui et a quib. man.* La seconda si trae dalle congetture, come dimostra Bartolo sulla *L.* 20 *Cod. de furt.* Ed Ulpiano insegnò e pose in massima, che quando parlasi di legge, si intende e l' una e l' altra di queste due cose. *Verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis* (1). È poi risaputo l'adagio comune; *cum mens patet, de verbis curandum non est*, che

(1) L. 6 § 1 D. de verb. sign.

pone piede nel ben noto testo di Gelso: *Scire leges, non est verba earum tenere, sed vim et potestatem* (1).

Può esservi dunque violazion letterale, può esservi violazione virtuale della legge, sempre essa è manifesta; e quindi occupar dee sola la Corte Suprema di giustizia, escluse sempre le materie di fatto.

II. ARGOMENTO

QUANDO E COME LA CORTE SUPREMA DI GIUSTIZIA, ANCHE NELLE CAUSE DI MERO FATTO, PUÒ ESERCITARE I SUOI POTERI SULLE SENTENZE E SULLE DECISIONI?

I giudici del merito hanno, come si è detto, il diritto di conoscere, e la facoltà di giudicare le cause di mero fatto, senza esser soggetti a censura. Però essi mentre ciò fanno, debbono avvertire, che son padroni si bene del fatto su cui versano, ma non ne sono dispotici assoluti, per modo che possano usarne ad arbitrio illimitatamente. Essi debbono convincersi nel fatto, ma secondo le regole della ragione e della legge: e quando ne abusano a questo senso, la Corte Suprema di giustizia può esercitare sopra di essi i suoi poteri; non già conoscendo del fatto, ma del modo come di questo fatto essi s'impadroniscono, ed abusando forse ne giudicano.

Intendiamoci bene o Signori. La Corte Suprema di giustizia *dee mantenere l'esatta osservanza delle leggi, e dee richiamare alla loro esecuzione le Gran Corti, i Tribunali, ed i Giudici che se ne sono allontanati* (2). Ora tutti i doveri dei giudici nel rendere giustizia, uniformandosi alle leggi, si trovano egregiamente raccolti nella nota teorica di Bartolo sulla *L.* 8 § 2 *D. de bon. possess. contr. tab.*, e sulla *L.* 2 *D. de inoff. test.* Essi debbono giudicare *rite et recte*. Il primo loro obbligo, che è di diritto pubblico, è quello di serbare l'ordine dei giudizii, e non preterire le solennità, e le forme stabilite dal rito giudiziario; *rite*. Il secondo loro obbligo, che tocca anche l'interesse dei privati, è di giudicare rettamente secondo le leggi, e far giustizia: *recte*.

(1) L. 17 D. de leg.
(2) Art. 112 Regol. Organ.

La Corte Suprema adunque, che spiega le sue attribuzioni, sorvegliando sopra i giudici, a questi due oggetti indirizza le sue cure; ed è perciò che nel regolamento organico si soggiugne, *che essa annullerà le decisioni o le sentenze, nelle quali sono state violate le forme essenziali del rito, o siasi manifestamente contravvenuto al testo delle leggi, e dei reali decreti* (1). Se dunque i giudici non procedono *rite, et recte*, anche nelle cause di mero fatto, si rendono sicuramente censurabili. Ed eccolo dimostrato brevemente.

In quanto al *rite*, oltre all'obbligo che generalmente hanno i giudici in tutte le cause, sia di fatto, sia di diritto, di serbare cioè l'ordine prescritto nella compilazione del giudizio, è necessario che nelle cause di fatto essi vadano a convincersene non per altre strade, se non per quelle, che detta e prescrive il rito giudiziario. In altri termini essi debbono trarre le loro convinzioni per mezzo degli atti, e delle istruzioni, che sono riconosciute dalle leggi di procedura, analogamente all'indole dei rispettivi giudizj; e non altrimenti. Variando essi a lor talento nel modo di istruire, o omettendo di farlo, si rendono censurabili. Per esempio: Se invece di ammettere prova per testimoni. si desse luogo ad una perizia, o *versa vice:* Se essendo necessaria l'esibizione di una scrittura, questa si trasandasse: Se del tutto non si curasse di istruire le cause, capaci altronde di un qualche genere di istruzione, e si andasse di lancio ad argomenti presuntivi, ed a congetture, che poi non hanno sicuro fondamento; e cose simili. Allora la convinzione dei giudici nelle cause di fatto riesce viziosa, perchè arbitraria, e mal costituita.

Su queste ragioni è fondato ciò che vien prescritto nel rito penale sotto l'art. 293, dove è detto: *Il fatto dal quale deriva la risoluzione delle quistioni, dee essere espresso a pena di nullità nella decisione.* E nello stesso rito penale parecchie altre cose si prescrivono, onde obbligare i giudici a stare strettamente a quel modo di istruzione, che la legge detta, senza punto deviarne; e ciò a pena di nullità. Le quali cose tutte questa Corte Suprema di giustizia nella sua saggezza ogni giorno avverte, e mantiene nella più rigida osservanza nella materia penale, annullando rigidamente, e

(1) Art. 114 Leg. Organ.

rinviando le cause. Per esempio: Sè il giudice del merito abbia ritenuto un fatto non risultato dalla pubblica discussione, o contrario ai suoi risultamenti: Se il giudice in esito della pubblica discussione non abbia inteso il ministero pubblico, l'accusato, ed il suo difensore, ai termini dell'art. 269 della procedura penale, decidendo in questo caso senza compiere la istruzione orale: Se la prova del fatto non sia stata indicata nel termine delle ore 24, prescritte dall' articolo 195, con la sola eccezione, che non ne fosse poi nata la necessità nel corso dal dibattimento; articolo 243: Se la prova sia stata tratta dalla testimonianza di una persona vivente, che senza concorrere in lei alcuna delle circostanze prevedute dall'articolo 242, non sia stata intesa in dibattimento, o non abbia legalmente giurato: Se siasi il giudice convinto di un fatto sulla deposizione di persona ripulsabile ai termini dell'articolo 202: Se abbia ritenuta una circostanza generica sull' appoggio di un *ingenere* illegale in faccia all'articolo 246. Tutte coteste convinzioni sono sospette, viziose, ed illegali, sol perchè i giudici non si attengono *al rite*, mentre vi si determinano, e le abbracciano.

Per quello poi che appartiene alla rettitudine di giudicare, *recte*, nelle cause di mero fatto, anche quando i giudici legalmente, e ritualmente si convincessero, vi può essere benissimo violazione di legge, se non diretta, almeno indiretta; e quindi oggetto di legittima censura della Corte Suprema.

Sapete bene o signori, che la legge resta direttamente violata quando i magistrati giudicano manifestamente contra il disposto di essa: può essere inoltre violata indirettamente, quando il giudicato combina si bene con la legge, ma non combina col fatto in quistione, che ha dato il soggetto al giudizio; risultando allora la legge malamente applicata. In altri termini: vi è violazione di legge: vi è falsa applicazione di legge; lo che porta agli stessi risultati. Ora in questa falsa applicazione appunto, quando essa si verifica nelle cause di mero fatto, sta la teoria, che la Corte Suprema di giustizia può chiamare a censura i giudicati.

Conoscete già bene, o signori che tutto il difficile dell'arte pratica di giudicare consiste nell' applicar bene la legge al fatto. Questa è la vera pratica forense, di che i giudici debbono essere bene ammaestrati. *Quod appellamus praxim*, dicea al proposito Giovanni Fabro, *non est nuda, et circum-*

foranea praxis, cujusmodi est procuratorum forensium, sed juris scientiam applicare negotiis (1). La difficoltà nasce perchè i fatti sono moltiformi, e volentieri sotto leggiere circostanze si scambiano. Il fatto, secondo l'avvertimento di un grave scrittore, è come un prisma cristallino in faccia al sole, il quale per poco che si rivolga, muta di colore. I giudici dunque, che conoscono del fatto, debbono prima ben comprenderlo, e poi debbono fedelmente ritenerlo nella sua purità naturale, e nella sua integrità; la qual cosa è assai dilicata, ed è importantissima. Non è nel potere nemmeno della legge lo scambiare i fatti, o l'annullarli. *Facti autem caussae infectae nulla constitutione fieri possunt*, disse il giureconsulto Trifonino (2). E se anche volessero le parti contendenti variare nel fatto già stabilito, e toglierlo di mezzo, nol potrebbero, secondo l'avvertimento di Ulpiano: *Verum est, neque pacta neque stipulationes factum posse tollere* (3).

Dunque questo fatto già consacrato nel processo, ed intangibile, è quello, che i giudici debbono seguire fedelmente, senza punto viziarlo, o trasformarlo. È detto nelle leggi della procedura civile, ed anche nella legge organica (4), che le sentenze debbono essere motivate dai giudici: ed è detto ancora che la estenzione delle sentenze dee contenere le conclusioni delle parti, e l'esposizione sommaria degli articoli di fatto, e di diritto. Ciò è disposto saggiamente, ed a ragion veduta, per sostenere il sistema del ricorso per annullamento. Gli articoli di fatto che nella spedizione delle sentenze, o delle decisioni vanno inseriti dalle parti dopo le loro conclusioni, servono di controllo in faccia ai motivi esposti in esse dai giudici nei loro considerando, per vedere appunto, se convengano fra di essi, o pure se vi sia qualche marcabile diversità. La Corte Suprema che non ha processi innanzi a se, e che guarda le sole sentenze, e le sole decisioni, dal contenuto in esse rileva, se il fatto morale ritenuto dai giudici corrisponda, o pur no perfettamente col fatto elementare, posto dalle parti nelle così dette narrative; e con questa veduta regola i suoi arresti.

(1) Joan. Fabr. ad § 3 Inst. de leg.
(2) L. 12 § 2 D. de capt. et postlim. revers.
(3) L. 31 D. de reg. jur.
(4) Art. 233 proced. civ. — Art. 219 leg. organ.

Posto ciò, o Signori, nelle cause anche di mero fatto può esservi apertura a ricorso per annullamento, e quindi materia ad annullare per i seguenti motivi; e per altri ancora, che Noi per non tediarvi a lungo non disegneremo, rimettendoli alla vostra saggezza, sulle basi delle proposizioni che abbiamo già sviluppate.

1.° Se si scorga che il fatto ritenuto dai giudici egualmente, che quello esposto dalle parti, sia chiaro, ed evidente a segno, che non lascia dubbio veruno; e se malgrado questa chiarezza indubitata, i giudici abbiano poi voluto arbitrariamente convincersi in contrario, pronunziando un dispositivo, che corrisponda a principii diversi. Per esempio: se essi abbian deciso riconoscendo un contratto di mutuo, dove chiaramente vi era compra vendita: Se abbian ravvisato un fedecommesso dove il disponente ne avea perfettamente esclusa ogni idea: Se abbian ritenuto, che taluno fosse stato istituito erede nell' usufrutto, dove chiaramente e letteralmente si scorgeva istituito nella proprietà, o *versa vice:* Se abbian voluto vedere in un contratto, o in una disposizione testamentaria una qualche condizione, o un qualche modo, che nè espressamente vi si leggea, nè tacitamente per via di congetture potea trarvisi giammai; e cose simili. Allora il giudicato viola la legge indirettamente, perchè viene a farne una falsa applicazione, adattandola ad un fatto supposto per capriccio, e contrario al fatto chiaro permanente.

2.° Se il fatto sul quale si è giudicato lungi dall' esser chiaro, sia anzi dubbio, e contraddetto, ed in questa dubbiezza, e contraddizione sia rimasto in tutto il corso del giudizio, senza giammai bene assodarsi. Il fatto dubbio, e contraddetto equivale alla deficienza assoluta del fatto; e quindi il giudicato riesce vizioso, perchè il giudice che lo pronunzia, decide senza fatto; la qual cosa è assurda per la regola di sopra additata, che *ex facto oritur jus.*

3.° Se apparisca dalla sentenza, o dalla decisione che il fatto elevato dai giudici nei considerando, sia perfettamente contrario al fatto elementare stabilito dalle parti, che si raccoglie dalle narrative. Allora i giudici hanno deciso sopra un fatto ideale, hanno tradita la buona fede dei giudizii, ed hanno malamente, anzi falsamente applicata la legge.

4.° Se il fatto morale dei giudici, quantunque non per-

fettamente contrario al fatto elementare delle parti, si vegga però ritenuto in modo, onde il fatto stesso elementare apparisca stravolto, viziato in qualche parte, o pure monco, e non interamente renduto: allora si ricade nel vizio stesso, e la legge è falsamente applicata.

5.° (E ciò precisamente nelle materie penali): Se il fatto ritenuto dai giudici non sia preciso in tutte le circostanze, che determinano l' applicazione della legge, contra il disposto nell'art. 293 della procedura penale: P. E. Se il giudice dichiari la complicità in un reato, senza determinare le circostanze che la costituiscono, onde si possa legalmente discutere sotto la sanzione di qual numero dell'art. 74 delle leggi penali incorra la complicità in quistione: Se trattandosi di un reato di ingiurie, il giudice non abbia precisate le parole, i gesti, gli scritti, o le altre maniere qualsivogliano, che lo costituiscono, onde possa darsi al reato una definizione legale ed esatta, a termini dell'art. 365 e seguenti delle leggi penali. Ed altro.

SIGNORI

Le cose fin quì esposte vanno dette, come fin dal principio protestammo, a Nostra istruzione, e nel tempo stesso a dilucidazione dei dubbii, che ben seriamente si avvolgono nelle indicate materie. Il tutto però tende a sempre più far conoscere, e stabilire la dignità, e la sopraeminenza di questa Corte Suprema, che mentre non ha esercizio di giurisdizione ordinaria, ha però i supremi poteri per esaminare come questa giurisdizione si eserciti dai Magistrati nel rendere giustizia; lo che ridonda interamente in onore di Voi tutti, che oggi la rappresentate degnamente, e la sostenete.

Ci rivolgiamo ora ai professori legali, che sono qui addetti, e protestiamo di conservare per essi tutta la stima che esige l' onorevole loro ceto; mentre fanno parte degli Avvocati Napolitani, i quali in tutti i tempi han formato il principale ornamento della nostra Capitale. Due cose intanto ci sentiamo in obbligo di avvertire sul loro conto, per la condotta che essi hanno nel tessere i ricorsi per annullamento, e nel rinforzarli con i così detti mezzi aggiunti.

Primieramente hanno essi in uso di allegare nei ricorsi, e nei mezzi aggiunti la violazione delle leggi romane, delle quali sono soliti di distendere ben lunghi cataloghi. Ma ciò non è permesso. Non vi è mai dubbio che le leggi romane meritano tutto il rispetto: esse però possono essere lodevolmente consultate, e rapportate per ragionare in materia, e per dar forza agli argomenti; ma non possono venir direttamente in oggetto dei mezzi per annullamento. Il Real decreto del dì 21 Maggio 1819 dichiarò, che queste leggi romane insieme con l'intero nostro antico diritto patrio statutario, cessavano di aver forza di legge nelle materie che formavano oggetto delle disposizioni contenute nel codice per lo Regno delle due Sicilie. E poi nell'art. 587 della procedura civile fu detto che nel ricorso per annullamento doveano fare oggetto gli articoli delle leggi civili, e delle leggi della procedura civile violati dalla decisione impugnata. Dunque la violazione di queste sole leggi può dare apertura a ricorso per annullamento. Per disposizione della legge organica vanno aggiunti alle dette leggi anche i Reali decreti, quando fossero violati. E secondo la massima fissata da questa C. Suprema, si dee intendere lo stesso per le disposizioni riguardanti la tassa delle spese, e per gli regolamenti d'ordine che emanano da S. E. il Ministro di Grazia, e Giustizia; da che questi oggetti si riattaccano alle leggi della procedura civile, e ne formano una continuazione, per forza dell'articolo 1117 delle stesse leggi, in cui è detto; *la tassa delle spese, l'ordine, e la disciplina de' Tribunali sono determinati da particolari regolamenti di pubblica amministrazione.*

Secondariamente sono soliti i nostri professori legali di aggiugnere al ricorso per annullamento già prodotto, dei molti altri mezzi in più volte ed a varie riprese. Questo non è detto nella legge la quale figura soltanto il caso del ricorso corredato di mezzi nel tempo della sua produzione. Ma è poi nella giurisprudenza, e nella pratica, che siffatta aggiunzione di mezzi sia lecita, e permessa. Noi nol contrastiamo: diciamo soltanto, che tali cose debbono esser praticate con prudenza, e con regolarità; per modo che non debbono ridursi i professori, i quali ne usano, a riprodurre i mezzi in tempo troppo prolungato, ed alla vigilia, come spesso accade, della causa che va a trattarsi nella Corte Su-

prema. Si sorprende così la parte avversa, che per lo più resta a questo modo non difesa. Questa Suprema Corte nella sua saggezza ha fatto già appuntamento, disponendo che tutti i mezzi aggiunti non possono essere ricevuti, se prima non si prende conto particolare di essi in cancelleria, e se non siano vistati dal P. Ministero. E così si sta già eseguendo. Ma ciò non basta. Bisognerebbe che vi fosse un termine prefisso, oltre del quale questa riproduzione di mezzi restasse vietata. Noi portiamo opinione, che almeno a tre giorni prima dell'appuntamento della causa, indicato dall'affissione del ruolo settimanale, possa essere questo termine fissato. Così facendosi, il Ministero Pubblico, a cui i mezzi aggiunti si comunicano, avrebbe l'opportunità di ben meditarli: il Consiglier commessario, a cui passano tali mezzi, avrebbe comodo d'istruirsene per farne oggetto nel rapporto: e la parte avversa a cui si notificano, avrebbe tempo sufficiente a farne sopra di essi le sue difese.

Crediamo intanto che questo sistema da noi suggerito per il bene della cosa, non debba dispiacere; perchè se porta una restrizione agli Avvocati, quando figurano da ricorrenti, giova poi loro, e si rende piacevole allorchè fanno da resistenti al ricorso. Debbono essi convenire che in questa cosa, come in ogni altra, nella quale vi è scambio vicendevole di funzioni nell'esercitare il loro onorevole uffizio, calza bene il detto del Poeta:

Scimus; et hanc veniam, petimusque, damusque vicissim.